



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio

Wal, T.B.D. van der

Citation

Wal, T. B. D. van der. (2019, February 12). *Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*. Meijers-reeks. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68751>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68751>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/68751> holds various files of this Leiden University dissertation.

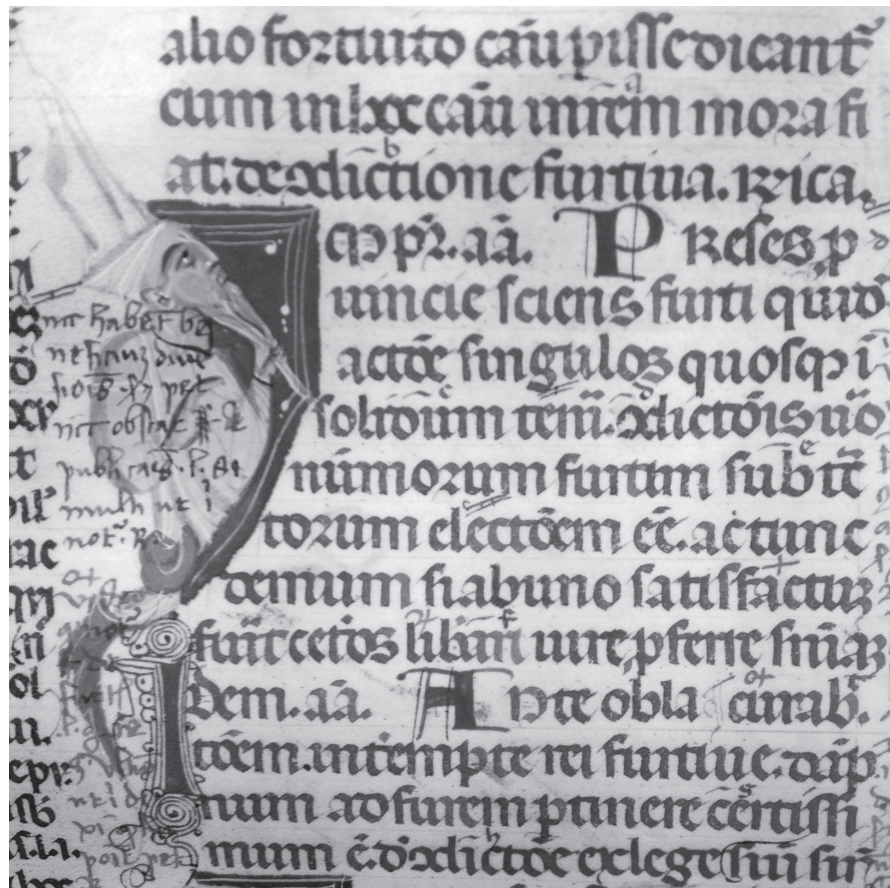
Author: Wal, T.B.D. van der

Title: Nemo condicit rem suam: over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio

Issue Date: 2019-02-12

Nemo condicit rem suam

Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio



C. 4,8, *De conditione furtiva*, Bodleian Library, ms. Canon. Misc. 495, f. 97 v^o.
 (Foto Egbert Koops)

Nemo condicit rem suam

*Over de samenloop tussen de rei vindicatio
en de condictio*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op dinsdag 12 februari 2019
klokke 16.15 uur

door

Tobias Bessel Donaas van der Wal

geboren te Leiden

in 1988

Promotor: prof. mr. W.J. Zwalve

Promotiecommissie: prof. mr. W.H. van Boom
prof. mr. A.G. Castermans
prof. mr. J.E. Jansen (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. J.H.A. Lokin (Rijksuniversiteit Groningen)
prof. mr. drs. C.H. Sieburgh (Radboud Universiteit Nijmegen)

Opmaak: AlphaZet prepress, Bodegraven

© 2019 T.B.D. van der Wal | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-609-9

ISBN 978-94-6236-909-2 (e-book)

www.boomjuridisch.nl

‘Non intendo di entrare nella selva selvaggia dell’ argomento delle conditiones.’

– Silvio Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Bologna: Zanichelli 1903, p. 393, n. 1; aangehaald door Julius Christiaan van Oven, ‘La “forêt sauvage” de la condictio classique,’ *TvR* 22 (1954), p. 267.

‘Gástese la primera estancia del bello vivir en hablar con los muertos: nacemos para saber y sabernos, y los libros con fidelidad nos hacen personas.’

– Baltasar Gracián, *Oráculo manual y arte de prudencia*, 1647, aforismo 229.

‘It is a most wonderful comfort to sit alone beneath a lamp, book spread before you, and commune with someone from the past whom you have never met.’

– Yoshida Kenkō, *Tsurezuregusa*, c. 1330–32; Kenkō en Chōmei, *Essays in Idleness and Hōjōki* (vertaling Meredith McKinney), Londen: Penguin 2013, nr. 13.

Voor mijn ouders

Inhoudsopgave

LIJST MET AFKORTINGEN

XIII

1	INLEIDING	1
§ 1.1	<i>Rei vindicatio</i> en <i>condictio</i>	1
§ 1.2	Plan van behandeling	2
§ 1.3	Samenloop	4
§ 1.4	Interpolaties	7
§ 1.5	Dankwoord	8
2	ROMEINS RECHT	9
§ 2.1	Inleiding	9
§ 2.2	<i>Rei vindicatio</i> en <i>condictio</i>	9
§ 2.2.1	Inleiding	9
§ 2.2.2	De <i>rei vindicatio</i> in het proces <i>per formulam</i>	10
§ 2.2.3	De <i>condictio</i> in het proces <i>per formulam</i>	11
	Voorgeschiedenis van de <i>condictio</i>	11
	<i>Condictio certae pecuniae</i> en <i>condictio certae rei</i>	12
	De <i>condictio</i> als synoniem voor <i>actio in personam</i>	13
	Vier kenmerken van de <i>condictiones certae rei</i> en <i>certae pecuniae</i>	15
	I. <i>Actio stricti iuris</i>	15
	II. Abstract	16
	III. <i>Datio</i>	19
	IV. <i>Certum</i>	20
	<i>Condictio incerti</i>	21
§ 2.2.4	De <i>condictio</i> als substituut voor de <i>rei vindicatio</i>	21
§ 2.2.5	Gaius over de <i>condictio furtiva</i> in G. 4,4	23
§ 2.2.6	Ulpianus over de <i>condictio furtiva</i> in D. 7,9,12	25
§ 2.2.7	De <i>condictio furtiva</i> als uitzondering	27
§ 2.3	<i>Rei vindicatio</i> en <i>condictio furtiva</i>	30
§ 2.3.1	Inleiding	30
§ 2.3.2	Twee reïpersecutoire acties	31
§ 2.3.3	Passieve legitimatie	32
§ 2.3.4	Hoogte van de vergoeding	34
	Beschadiging van de zaak voor de <i>litis contestatio</i>	35
	Waardebepaling in de <i>condictio furtiva</i>	36
	<i>Actio ex lege Aquilia</i> en <i>condictio</i> in D. 47,1,2,3 (Ulpianus)	38
§ 2.3.5	Bewijslast	40

§ 2.4	Procesrecht	43
§ 2.4.1	Inleiding	43
§ 2.4.2	Procesconsumptie	43
§ 2.4.3	Excurs: de <i>causa actionis</i> van de <i>condictio</i>	46
	De <i>causa actionis</i> van persoonlijke en zakelijke acties	47
	De <i>causa actionis</i> van een persoonlijke actie	48
	I. <i>Condictio</i> en <i>actio commodati</i>	
	in D. 44,7,34,1 (Paulus)	49
	II. <i>Condictio furtiva</i> en <i>condictio indebiti</i>	
	in D. 47,2,81(80),5 (Papinianus)	50
	III. <i>Condictio furtiva</i> en <i>condictio indebiti</i>	
	in D. 47,2,81(80),7 (Papinianus)	53
	IV. <i>Condictio furtiva</i> en <i>condictio indebiti</i>	
	in D. 13,1,18 (Scaevola)	55
§ 2.4.4	<i>Rei vindicatio</i> en <i>condictio furtiva</i>	
	in D. 47,2,9,1 (Pomponius)	57
	Voortgezette verduistering (<i>adsidua contrectatio</i>)	59
	Eerst <i>rei vindicatio</i> , daarna <i>condictio</i>	60
	Eerst <i>condictio</i> , daarna <i>rei vindicatio</i>	64
	Samenloop bij doorlevering aan een derde	65
	Vergoeding van de waardestijging van de gestolen zaak	66
§ 2.4.5	Slot	67
§ 2.5	Samenloop buiten de <i>condictio furtiva</i>	67
§ 2.5.1	Inleiding	67
§ 2.5.2	<i>Condictio</i> na ontvreemding door een slaaf	
	in D. 18,1,29 (Ulpianus)	68
§ 2.5.3	<i>Condictio</i> na verboden schenking	
	in D. 46,3,38,1 (Africanus)	70
§ 2.5.4	<i>Condictio</i> tegen een pandhouder	
	in D. 12,1,4,1 (Ulpianus)	76
§ 2.5.5	<i>Condictio possessionis</i> van een landgoed	
	in D. 47,2,25,1 (Ulpianus)	81
§ 2.6	<i>Causa traditionis</i> en <i>condictio</i>	83
§ 2.6.1	Inleiding	83
§ 2.6.2	<i>Condictio indebiti</i>	84
§ 2.6.3	<i>Condictio indebiti</i> van het bezit van een zaak	
	in D. 12,6,15,1 (Paulus)	88
	De drie delen van D. 12,6,15,1	89
	Samenloop in een drie-partijen-situatie	92
§ 2.7	Slot: <i>rei vindicatio utilis</i> en <i>condictio</i>	94

3	<i>IUS COMMUNE</i>	97
§ 3.1	Inleiding	97
§ 3.2	De Accursische glosse	99
§ 3.2.1	Inleiding	99
§ 3.2.2	Het <i>iusta causa</i> -vereiste	99
§ 3.2.3	De <i>condictio</i> vanwege diefstal	102
§ 3.2.4	De <i>condictio possessionis</i>	109
§ 3.2.5	Slot	115
§ 3.3	Dinus de Mugello	116
§ 3.3.1	Inleiding	116
§ 3.3.2	Commentaar op titel I. 4,6 <i>De actionibus</i>	116
§ 3.4	Jacques de Révigny	119
§ 3.4.1	Inleiding	119
§ 3.4.2	<i>Lectura</i> op titel I. 4,6 <i>De actionibus</i>	119
§ 3.4.3	<i>Lectura</i> op het <i>Digestum Vetus</i>	122
§ 3.4.4	Slot	126
§ 3.5	Bartolus	126
§ 3.5.1	Inleiding	126
§ 3.5.2	De <i>condictio certi</i>	127
§ 3.5.3	De <i>condictio triticaria</i> en de <i>condictio</i> tegen de dief	129
§ 3.5.4	Samenloop	134
§ 3.5.5	Slot	135
§ 3.6	Slot: samenloop bij Paulus de Castro	136
4	DUITS EN ZWITSERS RECHT	139
§ 4.1	Inleiding	139
§ 4.2	Het <i>iusta causa</i> -vereiste	140
§ 4.2.1	De invloed van de glosse 'Iusta causa'	140
§ 4.2.2	Het titelvereiste in het Zwitserse recht	142
§ 4.2.3	<i>Condictio</i> en <i>rei vindicatio</i> in het Zwitserse recht	147
§ 4.3	Bruns en de <i>condictio possessionis</i>	153
§ 4.3.1	Inleiding	153
§ 4.3.2	Reikwijdte van de <i>condictio possessionis</i>	154
§ 4.3.3	De <i>condictio possessionis</i> in de jurisprudentie en het BGB	158
§ 4.3.4	De <i>condictio possessionis</i> in het Zwitserse recht	162
§ 4.4	Samenloop en de 'Eigentümer-Besitzer-Verhältnis'	165
§ 4.5	Slot	167
5	FRANS EN NEDERLANDS RECHT	169
§ 5.1	Inleiding	169
§ 5.2	<i>Condictio</i> en algemene verrijkingsvordering	171
§ 5.3	Frans recht	177
§ 5.3.1	Inleiding	177
§ 5.3.2	Domat	177

§ 5.3.3	Pothier	179
§ 5.3.4	Code civil	184
§ 5.3.5	De aansprakelijkheid van de 'tiers détenteur'	186
§ 5.3.6	Slot	195
§ 5.4	Nederlands recht onder het Oud Burgerlijk Wetboek	195
§ 5.4.1	Inleiding	195
§ 5.4.2	Oud Burgerlijk Wetboek	196
§ 5.4.3	Oud Burgerlijk Wetboek; discussie over titel en <i>condictio</i>	200
	I. Causaal stelsel; <i>condictio</i> beoogt geen eigendomsoverdracht	201
	II. Abstract stelsel; <i>condictio</i> beoogt eigendomsoverdracht	203
	III. Abstract stelsel; <i>condictio</i> beoogt geen eigendomsoverdracht	206
	IV. Causaal stelsel; <i>condictio</i> beoogt eigendomsoverdracht	208
§ 5.4.4	De 'verrijkingsgedachte' in HR 4 december 1953 (<i>Beheersinstituut/Van Egmond</i>)	214
§ 5.4.5	Het argument van de glosse 'Iusta causa' omgedraaid	219
§ 5.5	Totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek	222
§ 5.5.1	Inleiding	222
§ 5.5.2	De Staatscommissie	223
§ 5.5.3	Het Driemanschap	228
§ 5.5.4	Regeringscommissaris Snijders	237
§ 5.5.5	Slot	238
§ 5.6	Praktische aspecten	239
§ 5.6.1	Inleiding	239
§ 5.6.2	Faillissement van de accipiënt	241
§ 5.6.3	Samenloop in twee- en drie-partijen-situaties	243
§ 5.6.4	Verjaring	249
§ 5.6.5	Nevenvorderingen	250
§ 5.6.6	Bewijsrecht	251
§ 5.7	Slot	255
6	SAMENVATTING EN CONCLUSIE	257
§ 6.1	Begripsbepaling	257
§ 6.2	Geschiedenis van de <i>rei vindicatio</i> en de <i>condictio</i>	258
§ 6.2.1	Romeins recht	258
§ 6.2.2	<i>Ius commune</i>	260
§ 6.2.3	Duits en Zwitsers recht	261
§ 6.2.4	Frans en Nederlands recht	262
§ 6.3	Slot	264

ZUSAMMENFASSUNG UND SCHLUSS	265
LITERATUURLIJST	275
Tekstedities	275
Secundaire literatuur	277
1. Inleiding, en 2. Romeins recht	277
3. <i>Ius commune</i>	287
4. Duits en Zwitsers recht	289
5. Frans en Nederlands recht	293
BRONNENREGISTER	301
Literaire bronnen	301
Pre-Justiniaanse bronnen	301
Instituten van Gaius	301
Curpus Iuris Civilis	302
Constituties	302
Digesten	302
Codex	305
Instituten	306
Accursische glosse	306
Wetten	306
Duitsland	306
Bürgerliches Gesetzbuch	306
Zwitserland	306
Obligationenrecht 1881	306
Obligationenrecht 1912	307
Zivilgesetzbuch	307
Frankrijk	307
Code Civil	307
België	307
Burgerlijk Wetboek	307
Nederland	307
Oud Burgerlijk Wetboek	307
Nieuw Burgerlijk Wetboek	308
Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering	308
Faillissementswet	308
Jurisprudentie	309
Duitsland	309
Zwitserland	309
Frankrijk	309
Nederland	309
Archiefstukken	310
Nationaal Archief	310
TREFWOORDENREGISTER	311
CURRICULUM VITAE	319

Lijst met afkortingen

a.	anno
AA	Ars Aequi
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis
A.-G.	advocaat-generaal
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht, 14 juni 1881 (altes schweizerisches Obligationenrecht)
art.	artikel, artikelen
BBW	Belgisch Burgerlijk Wetboek, 13 september 1807
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, 1 januari 1900
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BIDR	Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano "Vittorio Scialoja"
BW	Burgerlijk Wetboek, 1 januari 1992
c.	circa
C.	Codex Justinianus, 30 december 534
Cc	Code civil, 21 maart 1804
cf.	confer; vergelijk
const.	constitutio
D.	Digesten, 30 december 533
diss.	dissertatie
et al.	et alii; en anderen
f.	folio, folio's
Fs.	Festschrift
Fw	Faillissementswet, 30 september 1893
G.	Gai Institutiones, ± 160
gl.	Accursische glosse
GrOM	Groninger Opmerkingen en Mededelingen
HR	Hoge Raad
I.	Instituten, 30 december 533
IVRA	IVRA. Rivista internazionale di diritto romano e antico
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts)
jo.	juncto; in verbanding met
k.	kolom
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot van
ms.	manuscript
n.	noot
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek, 1 januari 1992
NJ	Nederlandse Jurisprudentie

nr.	nummer
OBW	Oud Burgerlijk Wetboek, 1 oktober 1838
<i>op. cit.</i>	opere citato; geciteerd werk
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), 30 maart 1911
p.	pagina, pagina's
PG	Parlementaire Geschiedenis
<i>pr.</i>	principium; de eerste paragraaf van een bepaling
<i>r^o</i> (a/b)	recto; voorzijde (linker/rechterkolom)
red.	redactie
r.ov.	rechtsoverweging
RLR	Restitution Law Review
RMTh	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 29 maart 1828
sq.	et sequens, et sequentia; en volgende
s.v.	sub voce; onder het woord
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung
<i>TvR</i>	Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
<i>v^o</i> (a/b)	verso; achterzijde (linker/rechterkolom)
W	Weekblad van het Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 10 december 1907

1 Inleiding

Is de dief verrijkt met de zaak die hij heeft gestolen? Een beginnende rechtenstudent zal deze vraag zonder aarzeling bevestigend beantwoorden. De dief heeft zich verrijkt omdat hij de zaak die hij in bezit heeft genomen, kan gebruiken, terwijl de bestolene dit gebruik moet missen, en daarom verarmd is. Na een eerste inleiding in het civiele recht zal de student dezelfde vraag, met een even grote zekerheid, ontkennend beantwoorden. De dief heeft de zaak weliswaar in bezit genomen, maar niet in eigendom verkregen. De eigenaar kan zijn zaak dan ook van de dief revindiceren. Het vermogen van de bestolene, noch dat van de dief, heeft immers enige verandering ondergaan. Van een vermogensverschuiving – een verarming bij de bestolene en een daarmee corresponderende verrijking bij de dief – is geen sprake. Na nog verder in zijn studie te zijn gevorderd en ook het Romeinse recht te hebben bestudeerd, zal de student echter geneigd zijn terug te keren naar zijn oorspronkelijke antwoord. In het Romeinse recht, zo blijkt, kon de eigenaar de dief immers niet alleen aanspreken met de zakelijke *rei vindicatio*, maar óók met een persoonlijke vordering, de *condictio*. Op de dief was kennelijk ook een verbintenis komen te rusten die hem tot teruggave van de gestolen zaak verplichtte. Deze aansprakelijkheid op grond van de *condictio*, een toename van het passief van het vermogen van de dief, impliceert dat het in bezit nemen van de zaak tot een verrijking had geleid, een gelijke toename van het actief van zijn vermogen. De diefstal had dus wel degelijk een vermogensverschuiving teweeg gebracht, die door middel van de *condictio* ongedaan moest worden gemaakt. Maar hoe verhield de beschikbaarheid van de *condictio* zich tot de gelijktijdige beschikbaarheid van de *rei vindicatio*, die juist vooronderstelde dat zich géén vermogensverschuiving had voorgedaan?

§ 1.1 REI VINDICATIO EN CONDUCTIO

Deze rechtshistorische studie behandelt de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. De *rei vindicatio* was in het Romeinse recht de actie waarmee de niet-bezittende eigenaar zijn zaak kon opeisen van de bezittende niet-eigenaar.¹ Deze actie maakt nog steeds onderdeel uit van de moderne, op Romeinsrechtelijke leest geschoeide, civielrechtelijke rechtsstelsels, en is

1 Deze formulering is ontleend aan Van Oven, *Leerboek*, § 45, p. 96.

ook in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek opgenomen.² De *condictio* was in het Romeinse recht de actie waarmee de eiser van de gedaagde eigendomsoverdracht kon vorderen van een geldsom (*certa pecunia*) of een andere bepaalde zaak (*certa res*). Dit kon zowel een soortzaak zijn, dat wil zeggen een naar getal, gewicht of maat bepaalde zaak, als een specifieke zaak. De *condictio* komt in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek niet meer als zodanig voor, maar staat aan de basis van de vordering uit onverschuldigde betaling.³ Nu de *rei vindicatio* in het Romeinse recht op het eigendomsrecht van de eiser was gebaseerd, en de *condictio* op de verplichting van de gedaagde om aan de eiser een zaak in eigendom over te dragen, waren beide acties aan elkaar tegengesteld. Men was immers eigenaar, of men wilde het worden, maar niet allebei op hetzelfde ogenblik. In beginsel was samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* daarom uitgesloten. Het geval van diefstal vormde hierop een uitzondering. De *condictio* was in dat geval niet op eigendomsoverdracht gericht en liep samen met de *rei vindicatio*. Het huidige Nederlandse recht wijkt op dit punt af van het Romeinse recht. Gezien het feit dat de vordering uit onverschuldigde betaling, anders dan de Romeins-rechtelijke *condictio*, niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, is samenloop met de *rei vindicatio* mogelijk. In ons stelsel van eigendomsoverdracht is deze samenloop zelfs veelvoorkomend. Door de werking van het causale stelsel van eigendomsoverdracht blijft de solvent, ofwel de betaler, die een onverschuldigde betaling heeft verricht, in beginsel eigenaar van de onverschuldigd betaalde zaak, zodat hij zijn vorderingsrecht kan baseren op zowel de *rei vindicatio* als de vordering uit onverschuldigde betaling.

Deze studie behandelt de vraag hoe de *condictio* zich heeft ontwikkeld van een actie die in het Romeinse recht in beginsel aan de *rei vindicatio* was tegengesteld, tot een vordering die, ook in gevallen waarin de gedaagde zich niet aan diefstal schuldig heeft gemaakt, met de *rei vindicatio* kan samenlopen. De studie stelt zich tot doel om, door middel van rechtsvergelijkend onderzoek op historische grondslag, inzicht te verschaffen in deze ontwikkeling.

§ 1.2 PLAN VAN BEHANDELING

In het tweede hoofdstuk komt het Romeinse recht ter sprake, het recht dat de basis vormt van het continentaal West-Europese vermogensrecht. De belangrijkste bronnen bij dit deel van het onderzoek zijn de Instituten van Gaius, een leerboek dat rond 160 n.Chr. werd vervaardigd (het enige werk uit de klassieke periode van het Romeinse recht dat vrijwel volledig

2 Art. 5:2 BW: 'De eigenaar van een zaak is bevoegd haar van een ieder die haar zonder recht houdt, op te eisen.' In dit onderzoek zal consequent van de *rei vindicatio* worden gesproken.

3 Art. 6:203, lid 1 BW: 'Degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen.'

is bewaard),⁴ de Digesten, de compilatie van het klassieke juristenrecht die tussen 530–533 in opdracht van keizer Justinianus tot stand werd gebracht, en Justinianus' eigen Instituten, die tegelijk met de Digesten werden uitgevaardigd.⁵ In dit hoofdstuk komt de vraag aan de orde in welke gevallen het *formula*-proces samenloop kende tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*, waarbij de aandacht in het bijzonder uitgaat naar de *condictio* die de bestolen eigenaar tegen de dief kon instellen, de *condictio furtiva*. Daarnaast wordt de vraag behandeld hoe deze samenloop in het civiele proces werd opgelost.

In het derde hoofdstuk gaat de aandacht uit naar het *ius commune*, het rechtssysteem dat in de Middeleeuwen tot ontwikkeling werd gebracht nadat de Digesten opnieuw waren ontdekt en het Corpus Iuris Civilis weer in zijn geheel kon worden bestudeerd. Voor de doorgaande lijn van de rechtsgeschiedenis is in het bijzonder de Glossa Ordinaria van belang, het doorlopende glossenapparaat dat Accursius († 1260/63) op de tekst van het Corpus Iuris vervaardigde.⁶ De Accursische glosse is vervolgens zelf het uitgangspunt geworden van de commentatoren zoals Dinus de Mugello († 1303), Jacques de Révigny († 1296), en Bartolus de Saxoferrato (1314–1357).⁷ Ook in het *ius commune* speelde de diefstal-uitzondering een belangrijke rol en rees de vraag of een eiser ook in andere gevallen het bezit van een zaak kon condiceren. Als dat het geval zou zijn, zou samenloop met de *rei vindicatio* zich op ruimere schaal kunnen voordoen. Zoals vaker het geval was, leverde het Corpus Iuris zowel argumenten op voor een bevestigende, als voor een ontkennende beantwoording van deze vraag.

In het *ius commune* is de vraag of de *condictio* per definitie op eigendoms-overdracht is gericht bovendien verbonden geraakt met het leerstuk van de *iusta causa*: de eis dat aan eigendomsoverdracht een geldige titel, een 'rechtmatige oorzaak,' ten grondslag dient te liggen. Het debat over de vraag naar de invulling van het titelbegrip verschaft, niet alleen voor het *ius commune*, maar ook in de periode van de moderne codificaties, inzicht in het karakter van de *condictio* als een actie die al dan niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. De vraag rijst hierbij of de opvatting dat de *condictio* al dan niet op eigendomsoverdracht is gericht een *argument* oplevert om het *iusta causa*-vereiste op een bepaalde manier in te vullen. Deze vraag wordt door de glosse bevestigend beantwoord: het bestaan van de, op eigendomsoverdracht gerichte, *condictio indebiti*, de *condictio* ter ongedaanmaking van een onverschuldigde betaling, leidt volgens de glosse tot de stelling dat eigen-

4 David (red.), *Gai Institutiones*. In de voetnoten wordt verkort verwezen naar de tekst-
edities en naar de secundaire literatuur; zie voor de volledige titelbeschrijvingen van de
gebruikte tekstedities en secundaire literatuur de literatuurlijsten vanaf p. 275 en 277.

5 Mommsen & Krüger (red.), *Editio stereotypa*.

6 Van de Accursische glosse is de herdruk geraadpleegd van de druk uit 1487–89 (Vene-
tië), opgenomen in delen VII–XI van het *Corpus glossatorum iuris civilis*. Ook de druk uit
Lyon (1627) met aanvullende humanistische glossen is geraadpleegd.

7 Dinus, *De actionibus*, druk 1569 (Frankfurt a.M.); Révigny, *De actionibus*, tekstuitgave
van Van Soest-Zuurdeeg; Révigny, *Lectura super Digesto Veteri*, ms. Leiden, collectie
D'Ablang 2; Bartolus, *Commentaria*, druk 1574 (Turijn) en 1590 (Venetië).

dom ook kan overgaan op grond van een putatieve, ofwel slechts vermeende, titel. In deze studie wordt de vraag gesteld of het argument van de glosse ook kan worden omgedraaid. Kan men uit de opvatting dat voor overdracht een putatieve titel niet voldoende is, maar een obligatoir geldige titel is vereist, omgekeerd afleiden dat de *condictio* niet per definitie op eigendoms-overdracht dient te zijn gericht? Wanneer levering plaatsvond op grond van een obligatoir ongeldige titel, zou bevestigende beantwoording van deze vraag leiden tot de situatie dat de tradent zowel op grond van de *rei vindicatio* als de *condictio indebiti* kan procederen. Is dit wenselijk?

Tot slot komen enkele moderne codificaties aan bod in twee hoofdstukken die, in navolging van het onderscheid dat in de rechtsvergelijkende literatuur gebruikelijk is,⁸ gewijd zijn aan de germanistische en romanistische tradities. In het vierde hoofdstuk komen het Zwitserse Obligationenrecht (1881) en het Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (1900) aan de orde. Hierbij gaat de aandacht in het bijzonder uit naar het Zwitserse recht, vanwege het aldaar geldende causale stelsel van eigendomsoverdracht. In het vijfde hoofdstuk komen de Franse Code civil (1900), het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek (1838), en het Nieuw Burgerlijk Wetboek (1992) aan de orde, waarbij voornamelijk de voorbereidende werkzaamheden op dit laatste wetboek van belang zijn.⁹

§ 1.3 SAMENLOOP

Vooraf zij het volgende opgemerkt over het begrip ‘samenloop.’ In het klassieke Romeinse recht was sprake van samenloop wanneer één rechtsfeit leidde tot de beschikbaarheid van meerdere acties.¹⁰ Voor een geval van samenloop bestonden verschillende oplossingen. Zo kon een eiser in sommige gevallen beide samenlopende acties instellen, hetgeen zich bijvoorbeeld voordeed wanneer met de ene actie de waarde van een zaak werd gevorderd en met de andere actie een boete. Beide acties dienden een verschillend doel en werden bij elkaar opgeteld, zodat men, in de Pandektistische literatuur over het Romeinse recht, van cumulatie spreekt.¹¹ In andere gevallen sloot de ene actie de andere uit. Dit deed zich bijvoorbeeld voor bij de aansprakelijk-

⁸ Zweigert & Kötz, *Rechtsvergleichung*, § 6, 10.

⁹ De Nederlandse vertalingen van de Latijnse teksten in de hoofdstukken over het Romeinse recht en het *ius commune* zijn van eigen hand. Soms is inspiratie ontleend aan de vertaling van Spruit *et al.* (red.). De vertalingen van teksten uit het Corpus Iuris in de Duitse samenvatting zijn ontleend aan: Behrends *et al.* (red.).

¹⁰ Zie voor het Romeinse recht met name: Levy, *Konkurrenz* I, p. 17 sq., en Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 16, die de verschillende acties onderzoekt die uit dezelfde ‘Lebenssachverhalt’ voortkomen.

¹¹ Levy, *Konkurrenz* I, p. 416, voor de cumulatie tussen de *rei vindicatio* en de *actio furti*; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 305; zie § 2.3.2, *infra*, p. 31.

heid van een schuldenaar en een borg. Zodra de crediteur één van beiden aansprak, verviel zijn recht om de ander aan te spreken.¹² Men spreekt hier van alternatieve samenloop.

Waar in de Nederlandse literatuur de term 'samenloop' wordt gebruikt, spreekt de Pandektistische literatuur van concurrentie ('Konkurrenz'),¹³ een term die beter aansluit bij het Latijnse *concursus actionum* en als synoniem van 'samenloop' kan worden gebruikt. Een complicatie bij de afbakening van het leerstuk is dat de term 'samenloop' of 'concurrentie' niet steeds consequent is gebruikt. Zo stelt Savigny dat alleen het geval van alternatieve samenloop, dat hij aanduidt met 'elective Konkurrenz,' écht als een geval van concurrentie moet worden gezien. Wanneer zich 'cumulative Konkurrenz' voordoet, en beide acties dus naast elkaar van toepassing zijn, stelt Savigny dat er van concurrentie in de echte zin van het woord eigenlijk geen sprake is, maar slechts van 'coexistierenden Klagen.'¹⁴ Savigny spreekt dus slechts van concurrentie in die gevallen waarin verschillende acties om voorrang strijden en er slechts één prevaleert. Tegenwoordig wordt 'concurrentie' niet meer in deze enge zin opgevat en omvat deze term zowel gevallen van cumulatieve, als van alternatieve (of electieve) concurrentie.¹⁵

De wijze waarop het samenloopleerstuk in het Nederlandse recht wordt opgevat, verschilt in die zin van de wijze waarop dit leerstuk in het klassieke Romeinse recht werd opgevat, dat tegenwoordig niet langer de actie, maar het subjectieve recht van de eiser centraal staat.¹⁶ Dit betekent dat niet meer wordt gesproken van samenloop van acties, maar van samenloop van (rechtsgronden voor) vorderingsrechten of van rechtsregels.¹⁷ Het oplossen van situaties van samenloop leidt evenwel nog steeds tot vergelijkbare uitkomsten. Cumulatie is het vertrekpunt, hetgeen inhoudt dat beide rechts-

12 Levy, *Konkurrenz* I, p. 190 sq., voor de 'passive Personenkonkurrenz' tussen de hoofdschuldenaar en de borg; zie ook Kaser/Hackl, *RZ*, p. 306, 616.

13 Kaser/Hackl, *RZ*, p. 303.

14 Savigny, *System* V, p. 215–16, wijkt hiermee, zo geeft hij toe, af van het in 1841 gangbare spraakgebruik. Eisele, *AcP* 79, p. 329, verdedigt dezelfde leer als Savigny. Hiertegen Levy, *Konkurrenz* I, p. 37.

15 Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 16; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 304. De beperkte opvatting van 'Klagenkonkurrenz' in de negentiende eeuw vloeide voort uit het feit dat men dit leerstuk onder het tenietgaan van verbintenissen schaarde; zie Schmitt, *Subsidiarität*, p. 14–15. Reeds Levy, *Konkurrenz* I, p. 37, levert kritiek op de opvatting van Savigny, die volgens hem op 'einen bloßen Wortstreit' zou neerkomen.

16 Zie voor deze ontwikkeling Bezemer, *TvR* 81, p. 199 sq., die stelt dat de belangrijkste stappen voor het verleggen van het accent van de actie naar het subjectieve recht in de dertiende eeuw gezet werden gezet door Révigny.

17 Brunner, *Samenloop*, p. 6, spreekt van 'samenloop van rechtsgronden van een vorderingsrecht of van verschillende vorderingsrechten'; Snijders, *Speculum Langemeijer*, p. 454, bespreekt gevallen waarin 'verschillende bepalingen voor toepassing op één feitelijk gebeuren in aanmerking' komen; en Boukema, *Samenloop*, nr. 8, en Castermans & Krans, *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, p. 156, spreken van 'samenloop van regels van eenzelfde rechtsstelsel.'

gronden cumulatief van toepassing zijn, in beginsel ook wat betreft hun rechtsgevolgen. Wanneer het niet aanvaardbaar is dat beide rechtsgevolgen naast elkaar gelden, dient de eiser een keuze te maken ten aanzien van de toe te passen rechtsgevolgen (alternativiteit).¹⁸ Bij alternatieve samenloop heeft de eiser de keuze op grond van welke actie hij procedeert, of welke rechtsgrond hij voor een vorderingsrecht aanvoert. Soms wordt hij echter beperkt in zijn keuze. Wanneer aan de voorwaarden voor toepassing van twee 'acties,' om die term korthedshalve te gebruiken, is voldaan, maar het onaanvaardbaar wordt geacht dat een eiser een keuze heeft tussen beide acties, kan één van de samenlopende acties exclusief van toepassing worden verklaard. Het kan ook voorkomen dat een actie slechts dan van toepassing is wanneer er geen andere actie ter beschikking is, of wanneer een andere actie niet tot een volledige vergoeding heeft geleid. De actie heeft dan een 'subsidiar' karakter.¹⁹ Men dient bij de stelling dat een actie 'subsidiar' van toepassing is echter scherp te onderscheiden tussen enerzijds het geval waarin een eiser bij samenlopende acties wordt gedwongen beide acties in een bepaalde volgorde in te stellen, en anderzijds het geval waarin aan de voorwaarden voor toepassing van de 'subsidiare' actie pas is voldaan wanneer een andere actie is weggefallen. In het eerste geval is aan de voorwaarden voor toepassing van twee acties voldaan, maar wordt de eiser gestuurd in zijn keuze, terwijl in het laatste geval op geen enkel ogenblik aan de voorwaarden voor toepassing van beide acties is voldaan, en zich dus ook geen samenloop voordoet. Reeds op deze plaats wordt op dit onderscheid gewezen, omdat in de literatuur soms wordt gesteld dat de *condictio* 'subsidiar' is aan de *rei vindicatio*,²⁰ waarmee dan wordt bedoeld dat aan de voorwaarden voor toepassing van de *condictio* – eigendomsverlies bij de eiser en een verrijking bij de gedaagde – pas is voldaan op het moment dat de *rei vindicatio* is komen te vervallen. Inderdaad was dit in beginsel de verhouding waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* in het Romeinse recht tot elkaar stonden, maar hier was er van samenloop geen sprake.²¹ De stelling dat de *condictio* subsidiar is aan de *rei vindicatio* dient dus altijd te worden verduidelijkt.

Zowel in de literatuur over het Romeinse als het Nederlandse recht bestaat discussie over de vraag of het samenloop-leerstuk slechts toepassing vindt wanneer sprake is van één rechtsverhouding, of dat dit leerstuk ook op drie-partijen-verhoudingen dient te worden toegepast – dat wil zeggen, in gevallen waarin verschillende eisers tegen dezelfde gedaagde kunnen procederen, of één eiser

18 Snijders, *Speculum Langemeijer*, p. 454; Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, p. 22.

19 Schmitt, *Subsidiarität*, p. 25.

20 Zie bijvoorbeeld: Guhl/Merz/Koller, *Obligationenrecht*, p. 204, in het kader van het Zwitserse recht geciteerd, *infra*, p. 149, n. 53.

21 In deze zin ook, in het kader van de verhouding tussen *rei vindicatio* en *condictio*: Schmitt, *Subsidiarität*, p. 58. Op p. 94 schrijft Schmitt 'daß es irreführend ist, in diesem Zusammenhang von Subsidiarität zu sprechen, denn er liegt gar kein Zurücktreten des Bereicherungsanspruchs gegenüber anderen Ansprüchen vor.'

tegen verschillende gedaagden kan procederen.²² Voor zowel het Romeinse als het Nederlandse recht is het gerechtvaardigd om ook deze drie-partijen-verhoudingen te bespreken. Wat betreft het Romeinse recht werd het procesrechtelijke middel om vragen van samenloop op te lossen, dat van de (indirecte) procesconsumptie, zoals die in het navolgende uitgebreid zal worden besproken, ook in drie-partijen-verhoudingen toegepast.²³ Ook Levy, wiens beschouwingen over samenloop in het Romeinse recht nog steeds leidend zijn, bespreekt gevallen waarin acties door of tegen verschillende partijen konden worden ingesteld.²⁴ Hij onderscheidt hierbij tussen 'Aktionenkonkurrenz' in enge zin, voor het geval acties tussen dezelfde personen konden worden ingesteld, en 'Personenkonkurrenz,' voor het geval dezelfde actie door of tegen verschillende personen kon worden geprocedeerd.²⁵ In het geval dat verschillende acties door of tegen verschillende partijen konden worden ingesteld, spreekt Levy van 'doppelte Konkurrenz.' Ook naar Nederlands recht is het gerechtvaardigd drie-partijen-verhoudingen te bespreken.²⁶

§ 1.4 INTERPOLATIES

Enkele teksten uit het Corpus Iuris die in dit hoofdstuk worden besproken zijn voorwerp geweest van vermoedens van interpolatie. Deze vermoedens zijn vooral geuit in de eerste helft van de 20^e eeuw, toen de bestudering van het Romeinse recht niet langer in dienst stond van het tot 1 januari 1900, de dag van de invoering van het BGB, in Duitsland geldende 'heutiges römisches Recht,' maar uitsluitend van historisch onderzoek.²⁷ Auteurs die op ruime schaal interpolaties aannemen gaan uit van de theorie dat het Corpus Iuris slechts in beperkte mate het klassieke Romeinse recht weerspiegelt, en deels het product is van het 'Vulgarrecht,' het late Romeinse recht van na Diocletianus, en van de Oost-Romeinse rechtsschool. Ook de werkzaamheden van de Justiniaanse compilatoren zouden in belangrijke mate hun stempel hebben gedrukt op de overgeleverde teksten. Tegenwoordig neemt men evenwel aan dat in het 'Vulgarrecht' en de Oost-Romeinse rechtsschool geen aanpassing van de klassieke bronnen heeft plaatsgevonden, en dat de compilatoren slechts in beperkte mate gelegitimeerd waren tot aanpassing van

22 Zie, wat betreft het Romeinse recht: Eisele, *AcP* 79, p. 330, die ervoor pleit drie-partijen-verhoudingen buiten het samenloopleerstuk te houden. Zie daarentegen: Kaser/Hackl, *RZ*, p. 30; Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 19–20.

23 Zie bijvoorbeeld D. 13,1,18 (Scaevola), *infra*, p. 55, n. 266.

24 Levy, *Konkurrenz* I, p. 10.

25 Levy, *Konkurrenz* I, p. 14, spreekt van 'Verschiedenheit [...] in den (auf der Passiv- oder Aktivseite beteiligten) Personen.'

26 De heersende definities van samenloop waarbij de vraag centraal wordt gesteld welke rechtsregels van toepassing zijn op hetzelfde rechtsfeit, bieden deze mogelijkheid. Brunner, noch Boukema nemen principieel stelling in. Jansen, *Samenloop*, p. 17, stelt dat vragen van samenloop slechts kunnen rijzen binnen een 'rechtsrelatie tussen dezelfde partijen,' maar waarom deze afbakening 'essentieel' zou zijn, wordt niet duidelijk.

27 Kaser, *AÖAW* 116, p. 120.

de teksten van de klassieke juristen.²⁸ Zo heeft de keizer de compilatoren van de Digesten de bevoegdheid gegeven om datgene weg te laten wat overbodig was geworden, en wat in onbruik was geraakt, om imperfecties weg te werken,²⁹ en om citaten uit de constituties te verwijderen of aan te passen,³⁰ maar elke inhoudelijke interpolatie behoefde een afzonderlijke keizerlijke goedkeuring.³¹ Een vermoeden van interpolatie is daarom slechts gerechtvaardigd na een tekstkritische analyse,³² en dient te worden gemotiveerd op grond van veranderingen in het procesrecht of op grond van keizerlijke wetgeving die blijkt geeft van een vernieuwing die in het juristenrecht moest worden doorgevoerd.³³

§ 1.5 DANKWOORD

Mijn hartelijke dank gaat uit naar Wolfgang Ernst voor de ontvangst aan de Universität Zürich, naar Kees Bezemer voor zijn hulp bij het ontsluiten en ontcijferen van de Middeleeuwse bronnen, en naar Mona Keller voor het vervaardigen van de Duitse vertaling van de samenvatting en het slot. Bijzondere dank gaat uit naar Pomponius voor het schrijven van de enige overgeleverde tekst over de procesrechtelijke gevolgen van de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*.³⁴

28 Kaser, *SAW* 277.5, p. 81.

29 Lokin, *Fs. Ankum*, p. 265, onder verwijzing naar de const. 'Tanta,' 10.

30 Lokin, *Fs. Ankum*, p. 266, onder verwijzing naar de const. 'Deo auctore,' 7 en 9, en de const. 'Tanta,' 10 en 14.

31 Lokin, *Fs. Ankum*, p. 267.

32 Kaser, *AÖAW* 116, p. 125.

33 Kaser, *SAW* 277.5, p. 83–94.

34 D. 47,2,9,1 (Pomponius), *infra*, p. 58, n. 280.

2 Romeins recht

§ 2.1 INLEIDING

Na een eerste blik op de *rei vindicatio* en de *condictio* in het proces *per formulam* (§ 2.2), gaat de aandacht in dit hoofdstuk uit naar de aansprakelijkheid van de dief op grond van de *condictio furtiva*. Hierbij komt zowel de vraag aan de orde naar de voordelen van de *condictio furtiva* ten opzichte van de *rei vindicatio* (§ 2.3), als de vraag naar de procesrechtelijke oplossing van deze samenloop (§ 2.4). Vervolgens wordt een aantal gevallen besproken die aan diefstal zijn gerelateerd, en waarin zich eveneens samenloop voordeed met de *rei vindicatio* (§ 2.5). Daarna komt de samenloop aan de orde in geval van onverschuldigde betaling (§ 2.6).

§ 2.2 REI VINDICATIO EN CONDUCTIO

§ 2.2.1 Inleiding

In het proces *per legis actionem* werd geprocedeerd op grond van mondelinge vormelijke formules. Na de overgang naar het proces *per formulam*, die wat betreft de *condictio* aanving met de *Lex Aebutia* uit de tweede eeuw v.Chr.,¹ konden partijen hun voordeel doen met schriftelijke modelformulieren. Beide procesvormen hadden gemeen dat het proces was onderverdeeld in een fase *in iure* voor een magistraat, de praetor, en een fase *in iudicio* voor een lekenrechter. Voor de magistraat brachten de partijen de actie en de verweermiddelen naar voren op grond waarvan zij wensten te procederen en legden zij de omvang van het geschil vast in een procesovereenkomst, de *litis contestatio*.² Wanneer de praetor deze overeenkomst had goedgekeurd – ook het tijdstip waarop deze goedkeuring geschiedde wordt met *litis contestatio* aangeduid – verwees hij de zaak voor inhoudelijke behandeling naar een lekenrechter (*iudex privatus*). De procesformulieren (*formulae*) van de *rei vindicatio* en de *condictio* maakten onderdeel uit van het praetorisch edict. Van oorsprong werd dit edict jaarlijks, bij aanvang van de ambtstermijn van de praetor, opnieuw vastgesteld en op het album uitgevaardigd, maar na opte-

1 Kaser/Hackl, RZ, p. 159–60.

2 Zie over de *litis contestatio* in het proces *per legis actionem* en het proces *per formulam*: Kaser/Hackl, RZ, p. 75 sq., respectievelijk p. 289 sq. In het huidige verband volstaat de vertaling van *litis contestatio* met procesovereenkomst.

kening door Salvius Julianus onder keizer Hadrianus nam het Edict vaste vormen aan zodat men spreekt van het ‘voortdurende edict’ (*edictum perpetuum*).³ Het Edict is niet in zijn geheel overgeleverd, maar kan op grond van commentaren van juristen zoals Ulpianus en Paulus, worden gereconstrueerd.⁴

§ 2.2.2 De *rei vindicatio* in het proces *per formulam*

In de *formula* van de *rei vindicatio* was de eis, de *intentio*, de rechtsbewering dat een zaak aan de eiser in eigendom toebehoorde.⁵ De *formula* van deze actie luidde:

‘Laat hem rechter zijn. Als blijkt dat de zaak waarover wordt geprocedeerd volgens het Romeinse eigendomsrecht aan Aulus Agerius toebehoort, en deze zaak niet naar het oordeel van de rechter aan Aulus Agerius is teruggegeven, dan moet Numerius Negidius jegens Aulus Agerius worden veroordeeld tot het bedrag ten belope van de waarde van de zaak; als dit niet blijkt, moet hij worden vrijgesproken.’⁶

Uit deze *formula* volgt dat de *rei vindicatio* uitmondde in een veroordeling waarbij de waarde van de zaak aan de eiser werd vergoed (*quanti ea res erit*). Een verschil met de *condictio* was dat de *rei vindicatio* een arbitraire actie (*actio arbitraria*) was, hetgeen blijkt uit de zinsnede dat de veroordeling plaatsvond op voorwaarde dat de zaak niet naar het oordeel van de rechter aan de eiser was teruggegeven. In tegenstelling tot de *condictio* had de rechter de mogelijkheid om, nadat hij de eis bewezen had verklaard, maar voordat hij tot veroordeling kwam, een bemiddelende fase (*arbitrium*) te openen waarin de rechter zijn bevel tot restitutie aan nadere voorwaarden kon verbinden. Zoals hieronder zal worden uiteengezet, speelde deze arbitraire fase een cruciale rol in het kader van de procesrechtelijke afhandeling van de samenloop met de *condictio*.⁷ Als de gedaagde de zaak na afsluiting van de arbitraire fase niet had teruggegeven, liet de rechter de eiser toe tot het doen van een schattingseed ter bepaling van de waarde van de zaak. Vervolgens werd de gedaagde tot het betalen van deze waarde veroordeeld.

3 Girard/Senn, *Manuel élémentaire*, p. 57–58.

4 De reconstructie van het *edictum perpetuum* van Otto Lenel, waarvan de derde druk in 1927 verscheen, is hierbij leidend. Zie over het *formula*-proces: Kaser/Hackl, *RZ*, p. 151 sq.

5 G. 4,41, 4,92; zie Kaser, *RP I*, p. 432. Zie over de voorgeschiedenis van de *rei vindicatio* die in de *legis actio sacramento in rem* was gelegen: Kaser/Hackl, *RZ*, p. 89 sq.

6 Lenel, *EP*, p. 185–86: ‘Iudex esto. Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absoluito.’ Kaser, *RP I*, p. 435, en Kaser/Hackl, *RZ*, p. 336, n. 12, gaan niet uit van *arbitrio iudicis*, maar van *arbitrio tuo*, waarbij de rechter in de tweede persoon wordt aangesproken. Zie het slot van § 2.2.5, *infra*, p. 25, over het feit dat een bepaalde *zaak* wordt gevorderd, maar een veroordeling tot een bepaald *bedrag* plaatsvindt.

7 *Infra*, p. 60.

§ 2.2.3 De *condictio* in het proces *per formulam**Voorgeschiedenis van de condictio*

Onze kennis over de voorgeschiedenis van de *condictio* is afkomstig uit de Instituten van Gaius,⁸ waarvan de tekst grotendeels bekend is geworden door de ontdekking van de Codex Veronensis in 1816. Hoewel de inhoud van dit leerboek deels is opgenomen in de Instituten van Justinianus (533), komen de rechtshistorische passages slechts bij Gaius voor. Pas door de ontdekking van de 'Florentiner Bruchstücke' in 1933 in Caïro, waardoor lacunes in de Codex Veronensis konden worden aangevuld, zijn ook de passages over de geschiedenis van de *condictio* bekend geworden.⁹ Uit het toen ontdekte fragment blijkt dat reeds het proces *per legis actionem* het mogelijk maakte om een geldschuld of een bepaalde hoeveelheid van een andere zaak op te eisen.¹⁰ Hiertoe was de *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (de wettelijke actie waarmee een rechter of arbiter werd aangevraagd) de aangewezen actie. Deze wettelijke actie leidde tot een proces op tegenspraak, zo vermeldt Gaius, en bood het voordeel dat de partijen, anders dan bij de *legis actio sacramento*, niet verplicht waren om een *sacramentum* te betalen, een som die aan het begin van het proces moest worden ingezet en bij verlies als boete aan de staat verviel.¹¹ De *Lex Silia* en de *Lex Calpurnia*, twee plebiscieten die rond het eind van de derde eeuw v.Chr. kunnen worden gedateerd,¹² voerden de *legis actio per conductionem* in en maakten het mogelijk een bepaalde geldsom (*certa pecunia*), respectievelijk een andere zaak (*alia certa res*) op te vorderen.¹³ Kenmerkend voor de *legis actio per conductionem* was dat de eiser voor de praetor stelde dat de gedaagde hem een bepaalde geldsom – Gaius geeft als voorbeeld 10.000 Sestertiën – of een bepaalde zaak schuldig was, maar dat de praetor slechts overging tot de aanwijzing van een rechter nadat de eiser de gedaagde in de gelegenheid had gesteld om vrijwillig aan zijn schuld te voldoen. Wanneer de gedaagde ontkende iets schuldig te zijn, 'condiceerde' de eiser de gedaagde om na dertig dagen opnieuw voor de praetor te verschijnen zodat deze tot aanwijzing van een rechter kon overgaan die een inhoudelijk oordeel over de vordering moest vellen.¹⁴ Het doen van deze aanzegging beschouwt Gaius als het *condicere* 'in eigenlijke zin' (*proprie*).¹⁵ In de tijd van Gaius, na de overgang naar het *formula*-pro-

8 Kaser/Hackl, *RZ*, p. 13, dateert dit leerboek rond 160 n.Chr. Zie over de oorsprong van de *condictio*: Liebs, *Essays Honoré*, p. 164 sq.

9 G. 4,17b–4,20; zie Levy, *SZ* 54, p. 308; Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil*, p. 55 sq.

10 Levy, *SZ* 54, p. 297.

11 G. 4,17a; zie over deze *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*: Kaser/Hackl, *RZ*, p. 107; Levy, *SZ* 54, p. 296.

12 Zie over de datering: Kaser/Hackl, *RZ*, p. 111, n. 4–5; Prichard, *Fs. Arangio-Ruiz*, p. 261.

13 G. 4,19.

14 G. 4,17b.

15 G. 4,18.

ces, vond deze aanzegging niet meer plaats, maar werd het woord *condicere* slechts nog 'in oneigenlijke zin' (*non proprie*) gebruikt ter aanduiding van de actie waarbij de eiser stelde dat de gedaagde aan hem een som geld of een andere zaak schuldig was en waarbij nog slechts werd gefingeerd dat de aanzegging had plaatsgevonden.¹⁶ De dertig-dagen-termijn voorafgaand aan de aanwijzing van de rechter werd door deze fictie geacht te zijn verstreken. De vraag of in de *formula* van de *condictio* naar deze fictie moest worden verwezen, beantwoordt Gaius ontkennend:

G. 4,33: 'Of er nu een bepaalde som geld of een bepaalde hoeveelheid van een andere zaak wordt gevraagd, wij eisen dat dit aan ons gegeven moet worden, zonder dat wij enige fictie van een *condictio* toevoegen.'¹⁷

Condictio certae pecuniae en condictio certae rei

Net zoals de *legis actio per conditionem* afzonderlijk ter beschikking was gesteld voor geld en overige zaken, zo bleef na de overgang naar het proces *per formulam* een tweedeling in stand. In het praetorisch Edict werden onder de rubriek *Si certum petetur* ('als iets bepaalds wordt gevorderd')¹⁸ twee *condictiones* uitgevaardigd: de *condictio certae pecuniae*, waarmee een bepaald geldbedrag werd geëist, en die ook wel met *actio certae creditae pecuniae* werd aangeduid wanneer het om gecrediteerd geld ging,¹⁹ en de *condictio certae rei*, waarmee een bepaalde andere zaak werd geëist. De eis (*intentio*) van de *condictio certae pecuniae* was de vaststelling van de verplichting van de gedaagde om een bepaalde hoeveelheid geld te geven (*certam pecuniam dari*). De gehele *formula* van deze actie bestond uit de aanwijzing van de rechter die in de derde persoon was gesteld, vervolgens deze eis (*intentio*), en ten slotte de tot de rechter gerichte opdracht om te veroordelen in het geval de eis kon worden bewezen, en om vrij te spreken wanneer dit niet het geval was (*condemnatio*).²⁰ Deze *formula* luidde als volgt:

¹⁶ G. 4,18.

¹⁷ G. 4,33: '[...] siue enim pecuniam siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem [...]'. De Latijnse teksten van de Instituten van Gaius zijn ontleend aan David (red.), *Gai Institutiones*; schuingedrukte letters duiden op aanvullingen of wijzigingen ten opzichte van de Codex Veronensis.

¹⁸ De aanduiding van de rubriek *si certum petetur* in het Edict wordt genoemd in D. 13,3,1 pr. (Ulpianus, *libro vicensimo septimo ad edictum*): 'Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur 'si certum petetur': qui autem alias res, per triticariam conditionem petit [...]'. Zie ook het opschrift van Digestentitel 12,1: *De rebus creditis si certum petetur et de conditione*; zie Lenel, *EP*, p. 237.

¹⁹ Zie G. 4,13. Deze benamingen zijn inwisselbaar; zie Savigny, *System V*, p. 506, n. a (dit werk bevat met letters aangeduide noten); Kipp, *RE*, s.v. 'Condictio,' k. 849; Lenel, *EP*, p. 234, n. 1; Kaser, *RP I*, p. 594, n. 4; Schwarz, *Condictio*, p. 284.

²⁰ Kaser/Hackl, *RZ*, p. 310.

‘Laat hem rechter zijn. Als blijkt dat Numerius Negidius tienduizend sestertiën dient te geven aan Aulus Agerius, dan moet U, rechter, Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot tienduizend sestertiën; als dit niet blijkt, moet U hem vrijspreken.’²¹

De *intentio* van de *condictio certae rei* was dat de rechter de verplichting van de gedaagde zou vaststellen tot het geven van een bepaalde andere zaak (*aliam certam rem dari*). Deze *condictio* werd ook wel met de term *condictio triticaria* aangeduid, letterlijk: de *condictio* met betrekking tot graan.²² Lang is betwijfeld of deze *condictio* inderdaad afzonderlijk in het Edict was uitgevaardigd,²³ maar als dit het geval was, zoals tegenwoordig wordt aangenomen, luidde de *formula* van deze *condictio* als volgt:

‘Laat hem rechter zijn. Als blijkt dat Numerius Negidius aan Aulus Agerius honderd eenheden van het beste Afrikaanse graan moet geven, dan moet U Numerius Negidius jegens Aulus Agerius veroordelen tot het betalen van een bedrag ten belope van de waarde van de zaak; als dit niet blijkt, moet U hem vrijspreken.’²⁴

Bij zowel de *condictio* als de *rei vindicatio* leidde een veroordeling tot de verplichting om ‘de waarde van de zaak’ te voldoen. Dit werd tot uitdrukking gebracht door de woorden *quanti ea res est* in de *formula* van de *condictio*, en de woorden *quanti ea res erit* in de *formula* van de *rei vindicatio*.²⁵ In het eerste geval werd in de tegenwoordige tijd verwezen naar de waarde die de zaak op het moment van de *litis contestatio* had, terwijl de *rei vindicatio* in de toekomstige tijd verwijst het moment van het vonnis.²⁶

De condictio als synoniem voor actio in personam

De term *condictio*, die overigens in het Edict zelf niet voorkwam, is door de Romeinse juristen soms gebruikt ter aanduiding van *alle* persoonlijke acties, ter onderscheiding van de zakelijke acties.

21 De reconstructie van *formula* van de *condictio certae pecuniae* is gebaseerd op G. 4,41 en 4,50. Volgens Lenel, *EP*, p. 237, luidde deze *formula*: ‘Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemnato, si non paret, absolvito.’ Zie ook Kaser, *RP I*, p. 492, n. 36; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 334.

22 Deze benaming wordt verklaard door D. 13,3,1 *pr.*, *supra*, n. 18.

23 Zie Lenel, *EP*, p. 232, die het bestaan van deze rubriek ontkent en hierbij terugkomt op zijn eerdere opvatting.

24 De reconstructie van deze *formula* volgens Lenel, *EP*, p. 240: ‘Iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio tritici optimi modios centum dare oportere, quanti ea res est, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.’ Zie ook Kaser, *RP I*, p. 492, n. 42; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 334.

25 *Supra*, n. 6.

26 Kaser/Hackl, *RZ*, p. 317. Zie nader § 2.3.4, *infra*, p. 34, over de bepaling van de waarde van de zaak in beide acties.

Ook Gaius gebruikt de term *condictio* in eerste instantie ter aanduiding van alle persoonlijke acties. Een persoonlijke actie omschrijft hij in G. 4,2 als ‘de actie waarbij wij procederen tegen iemand, die tegenover ons ofwel uit contract, ofwel uit delict gebonden is; dat is een actie, waarbij wij stellen dat men moet geven (*dare*), doen (*facere*), [of] presteren (*praestare*).’²⁷ Na ook de zakelijke acties te hebben omschreven,²⁸ stelt Gaius in G. 4,5: ‘en de zakelijke acties noemen wij *vindicationes*, terwijl wij de persoonlijke acties, waarbij wij stellen dat aan ons gegeven moet worden of voor ons iets gedaan moet worden (*dari fieri oportere*), *condictiones* noemen.’²⁹ Een vergelijking van beide teksten lijkt uit te wijzen dat Gaius niet alle, maar slechts bepaalde persoonlijke acties tot de *condictiones* rekent. De term *condictio* verwijst immers wel naar de verplichting van de gedaagde om iets te ‘geven’ (*dare*) of te ‘doen’ (*facere*), maar niet naar die om iets te ‘presteren’ (*praestare*). In de literatuur wordt hierbij niet alleen gewezen op het ontbreken van het woord *praestare* in G. 4,5,³⁰ maar ook op het feit dat met de *condictio* meestal de actie wordt aangeduid waarbij de *intentio* slechts een *dare oportere* inhoudt. Het woord *fieri* in G. 4,5 zou daarom door interpolatie zijn toegevoegd.³¹ De conclusie dat Gaius in G. 4,5 slechts bepaalde persoonlijke acties onder de term *condictio* schaaft, is onjuist. Ook Ulpianus gebruikt de term *condictio* in D. 44,7,25 *pr.* immers als overkoepelende term voor alle persoonlijke acties, en plaatst deze, net zoals Gaius, tegenover de zakelijke acties, de *vindicationes*.³² Daarnaast zou het onwaarschijnlijk zijn dat Gaius in een algemene indeling tussen zakelijke acties enerzijds en persoonlijke acties anderzijds, wél alle zakelijke acties als *vindicationes*, maar slechts sommige persoonlijke acties als *condictiones* zou hebben benoemd, en zo bepaalde persoonlijke acties buiten deze tweedeling zou hebben gehouden.³³ Ook het ontbreken van het woord *praestare* in G. 4,5 houdt ten slotte niet in dat Gaius hier slechts bepaalde persoonlijke acties op het oog zou hebben. De *intentio* van een persoonlijke actie zoals die in het procesformulier was opgenomen was dat de gedaagde ofwel iets moest geven (*dare oportere*), ofwel iets

27 G. 4,2: ‘In personam actio est, qua agimus [quotiens] cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.’

28 G. 4,3.

29 G. 4,5 (≈I. 4,6,15): ‘Appellantur autem in rem quidem actiones uindicationes, in personam uero actiones quibus dari fieri oportere intendimus, condictiones.’

30 In deze zin: Von Bethmann-Hollweg, *Civilprozeß* II.2, p. 262; Savigny, *System* V, p. 588, die ontkent dat alle persoonlijke acties tot de *condictiones* kunnen worden gerekend, nu die uitleg in strijd zou komen met het gebruik van deze term in de Digesten. De woorden *quibus dari fieri oportere* in G. 4,5 zouden daarom niet in verklarende, maar in beperkende zin moeten worden opgevat.

31 In deze zin: Beseler, *TvR* 10, p. 17; De Zulueta, *Institutes* II, p. 229, volgens wie sprake zou zijn van ‘a thoughtless gloss that has got into the text’; Van Oven, *TvR* 22, p. 303–304; Pflüger, *Fs. Krüger*, p. 14 sq., wiens ‘phantasievolle Konjektur’ door Partsch, *SZ* 32, p. 448, in een recensie is weersproken.

32 D. 44,7,25 *pr.* (Ulpianus, *libro singulari regularum*): ‘Actionum genera sunt duo, in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. [...]’ Savigny, *System* V, p. 592–93, stelt dat D. 44,7,25 *pr.* ‘von den Compilatoren stark umgeändert’ zou zijn; in gelijke zin: Baron, *Conditionen*, p. 238; Pflüger, *Fs. Krüger*, p. 10. De tekst van Gaius, die bovendien is herhaald in I. 4,6,15, en die van Ulpianus dienen evenwel over en weer als bevestiging dat de term *condictio* ook in ruime zin, ter aanduiding van alle persoonlijke acties, werd gebezigd.

33 Anders: Schwarz, *Condictio*, p. 294, n. 52.

moest doen (*dare facere oportere*),³⁴ maar van een *formula* waarbij de eis luidde dat de gedaagde moest ‘presteren’ geven de Instituten geen blijk.³⁵ De term *praestare* is wellicht een overkoepelend begrip. Gaius gebruikt de *condictio* hier dus in een ruime betekenis waarbij alle, en niet slechts bepaalde, persoonlijke acties tot de *condictiones* kunnen worden gerekend.³⁶

Vier kenmerken van de condictiones certae rei en certae pecuniae

Meestal is de term *condictio* niet gebruikt ter aanduiding van alle persoonlijke acties, maar slechts van die persoonlijke acties waarbij de *intentio* de *datio* van *certa pecunia* of *alia certa res* inhield, en waarbij de eiser dus gebruik maakte van één van beide geciteerde *formulae*. Zo geeft ook Gaius niet alleen een ruime, maar ook een beperktere betekenis aan de *condictio*; hij stelt dat de *condictio* de persoonlijke actie is ‘waarbij wij beweren dat aan ons gegeven moet worden.’³⁷ De eis (*intentio*) van de *condictio* was dat de rechter zou vaststellen dat de gedaagde verplicht was om te geven (*dare oportere*), en niet dat gedaagde verplicht was om te geven of iets te doen (*dare facere oportere*), zoals eerst het geval leek te zijn.³⁸ Uit deze beperktere definitie volgen een aantal kenmerken van de *condictio*. De *condictio* was een strengrechtelijke actie (*actio stricti iuris*) (I),³⁹ die ‘abstract’ was geformuleerd (II), waarmee van de gedaagde een *datio* werd geëist (III), en die een *bepaald* geldbedrag of een *bepaalde* zaak als voorwerp had (IV).

I. Actio stricti iuris

De *formulae* van de *condictio certae pecuniae* en *certae rei* bevatten geen clause die de rechter verplichtte de goede trouw bij zijn oordeel te betrekken (*clausula bonae fidei*). De *condictio* was daarmee een *actio stricti iuris*, een strengrechtelijke actie. Ook Cicero karakteriseert de *condictio* als een actie

34 G. 4,41; Savigny, *System V*, p. 589.

35 Kaser, *RP I*, p. 489, wijst er weliswaar op dat *praestare* op het geven van een garantie kan wijzen, en verwijst hierbij naar enkele *formulae*, zoals die van de *actio communi dividundo*, waarin het woord *praestare* wel voorkomt, maar in dit kader is van belang dat Gaius deze term in zijn vierde boek van de Instituten niet als onderdeel van een *formula* noemt. Ook Ulpianus verwijst in D. 44,7,25 *pr.* voor de inhoud van een persoonlijke actie slechts naar een *dare* of een *facere*: ‘[...] in personam actio est, qua cum eo obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet.’

36 In deze zin ook: Kipp, *RE*, s.v. ‘Condictio,’ k. 849; Bekker, *Aktionen I*, p. 135; Von Mayr, *SZ* 25, p. 203.

37 G. 4,18: ‘[...] nunc uero non proprie conductionem dicimus actionem in personam, <qua> intendimus dari nobis oportere [...]’. Dat de *condictio* een *datio* beoogde, blijkt ook uit G. 4,33, *supra*, n. 17.

38 *Dari fieri oportere* is ruimer dan *dari oportere*. Een verplichting iets te doen (*facere*) kon echter ook een verplichting tot het verrichten van een *datio* inhouden; zie D. 50,16,218 (Papinianus). De ruime betekenis van *facere* volgt ook uit D. 50,16,175 (Pomponius); D. 50,16,189 (Paulus); zie Savigny, *System V*, p. 589, n. b.

39 Volgens Savigny, *System V*, p. 106, 481, 503, is de *condictio* zelfs synoniem met *actio stricti iuris*.

die ‘direct, hard en eenvormig’ is.⁴⁰ Gevolg van het strengrechtelijke karakter van de *condictio* was dat de rechter uitsluitend de mogelijkheid had om de eis in zijn geheel toe of af te wijzen; een eis die het verschuldigde bedrag overschreed (*pluris petitio*), leidde noodzakelijk tot een afwijzend vonnis.⁴¹ De rechter kon geen oordeel vellen over de handelwijze van de crediteur, maar de gedaagde kon in de *condictio* wel een verweermiddel van arglist (*exceptio doli*) in het procesformulier laten opnemen, op grond waarvan de rechter toch moest toetsen of de eiser te goeder trouw had gehandeld.⁴²

Cicero bespreekt het geval waarin een schuldeiser zijn voordeel doet met het feit dat een verbintenis door inschrijving in de boeken (*obligatio litteris*⁴³) uitmondde in een strikte *condictio*.⁴⁴ Door een verbintenis uit koop om te zetten in een *obligatio litteris*, wist de Syracuseaanse bankier Pythius te voorkomen dat zijn kwade trouw bij de totstandkoming van het koopcontract door de rechter kon worden getoetst; de gedaagde, de bedrogen *eques* Gaius Canius, kon zo tot betaling van de koopprijs worden aangesproken. Cicero meldt dat C. Aquilius Gallus er tijdens zijn praetuur in 66 v.Chr. voor zorgde dat de gedaagde een *exceptio doli* in het procesformulier kon laten opnemen.

II. Abstract

Ten tweede kenmerkten de *condictiones certae pecuniae* en *certae rei* zich door het feit dat de *formulae* niet verwezen naar de verbintenis op grond waarvan de gedaagde aansprakelijk werd gesteld. Deze *formulae* waren uniform en ‘abstract’ en bevatten geen uiteenzetting (*demonstratio*) waarin de oorzaak van de verplichting (*causa debendi*) werd genoemd. Gevolg hiervan was dat de *condictio* in tal van gevallen kon worden aangewend. Volgens een bekende drieslag van Cicero kon de *condictio* voortkomen uit een verbintenis op grond van de afgifte van een zaak (*obligatio re*), een formele mondelinge overeenkomst (*obligatio verbis*), of een verbintenis door ‘inschrijving in de boeken’ (*obligatio litteris*).⁴⁵ Van belang waren vooral de verbintenissen op grond van verbruikleen (*mutuum*) en onverschuldigde betaling (*indebitum solutum*). Beide verbintenissen ontstonden door het verrichten van een pres-

40 Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, 4,11, in het kader van de *actio certae pecuniae*: ‘directum, asperum, simplex: SI PARET HS 1500 [50.000 sestertiën] DARI.’

41 G. 4,53; Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, 4,10–11. Uit het strengrechtelijke karakter van de *condictio* volgt dat over de verbintenis tot het betalen van een geldschuld geen rente was verschuldigd, tenzij dit afzonderlijk bij *stipulatio* was bedongen; zie C. 4,5,1 (Caracalla, a. 213); zie hierover Zwalve, *GrOM* 22, p. 101.

42 De *exceptio doli* luidde: ‘si ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.’ Zie G. 4,119. Zie ook Lenel *EP*, p. 512; Kaser, *RP* I, p. 246, n. 43, p. 488; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 261.

43 *Infra*, n. 54.

44 Cicero, *De officiis*, 3,58–60.

45 Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, 5,14: ‘haec pecunia necesse est aut data aut expensa lata aut stipulata sit.’ Zie over de ontstaansgronden van de *condictio* ook Kaser, *Gedenkschrift Thomas*, p. 162, in de editie *Römische Rechtsquellen*.

tatie (*re*), en worden daarom in de Instituten van zowel Gaius als Justinianus tezamen behandeld.⁴⁶

G. 3,90: 'Door een zaak loopt men een verbintenis op, bijvoorbeeld door overdracht van een zaak in verbruikleen. De overdracht van een zaak in verbruikleen komt in eigenlijke zin slechts voor met betrekking tot die zaken, die naar gewicht, getal of maat zijn vast te stellen, zoals uitgetelde muntstukken, wijn, olie, graan, brons, zilver, goud, welke zaken wij overdragen door ze ofwel uit te tellen, of te meten, of te wegen, zodat zij aan de accipiënt in eigendom gaan toebehooren en zodat niet dezelfde zaken, maar andere met dezelfde natuur worden teruggegeven. Dit wordt *mutuum* genoemd, omdat hetgeen op deze wijze door mij aan jou overgedragen is, uit mijn vermogen aan jou gaat toebehooren.'⁴⁷

G. 3,91: 'Ook degene die een onverschuldigde zaak ontving van degene die bij vergissing betaalde, wordt door de zaak verbonden; daarom kan men tegen hem condiceren [met de formule]: 'Als blijkt dat hij moet geven,' alsof hij iets ter verbruikleen had ontvangen. Daarom menen sommigen dat de pupil of de vrouw, aan wie zonder toestemming van de voogd bij vergissing een niet verschuldigde zaak gegeven is, niet met de *condictio* kan worden aangesproken, net zomin als dit op grond van verbruikleen mogelijk is. Maar deze soort verbintenissen wordt evenwel niet geacht op een contract te berusten, omdat degene die met de bedoeling om te betalen overdraagt, eerder een rechtsbetrekking teniet wenst te laten gaan, dan er één op te lopen.'⁴⁸

De verbintenissen uit verbruikleen (*mutuum*) en onverschuldigde betaling (*indebitum solutum*) worden door Gaius tezamen behandeld omdat zij beide ontstonden door de overdracht van een zaak (*re*). Op dat ogenblik kwam op de accipiënt een verbintenis te rusten tot retro-overdracht van de ontvangen zaak of van een zaak die naar haar natuur met haar overeenkwam. Het verschil tussen de verbruikleen en onverschuldigde betaling was dat de solvent

46 Zie over het verband tussen *mutuum* en *indebitum solutum*: Fuchs, *Iusta causa traditionis*, p. 236; Van Oven, *TvR* 22, p. 268.

47 G. 3,90 (≈I. 3,14 pr.): 'Re contrahitur obligatio uelut mutui datione. *Mutui autem datio proprie in his [fere] rebus contingit, quae [res] pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*' Zie ook D. 44,7,1,2 (Gaius, *libro secundo aureorum*).

48 G. 3,91 (≈I. 3,14,1): 'Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si *mutuum* accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine *tutoris auctoritate* non debitum per errorem datum est, non teneri conductione, non magis quam mutui datione. Sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.' Zie ook D. 44,7,5,3 (Gaius, *libro tertio aureorum*), waar Gaius de verbintenis uit onverschuldigde betaling eveneens bespreekt in aansluiting op die uit verbruikleen; in beide gevallen is de accipiënt volgens Gaius immers verplicht de eigendomsoverdracht ongedaan te maken.

in het eerste geval het ontstaan van een verbintenis tot restitutie beoogde, en in het tweede geval met zijn betaling een verbintenis teniet wilde laten gaan die achteraf niet bleek te bestaan, en zo ongewild een verbintenis tot restitutie deed ontstaan. Gaius beschouwt daarom alleen de eerste verbintenis als contractueel; in het tweede geval is er weliswaar een rechtsbetrekking tussen de partijen (*negotium*), maar er is, omdat het aangaan van deze rechtsbetrekking op een dwaling berust, geen sprake van een contract (*contractus*).⁴⁹ Gaius schaaft de verbintenis uit onverschuldigde betaling om die reden onder een restcategorie van verbintenissen uit overige oorzaken: *ex variis causarum figuris*.⁵⁰ Deze restcategorie is vervolgens in de Instituten van Justinianus verder uitgesplitst in verbintenissen *quasi ex contractu* en *quasi ex maleficio*.⁵¹ De verbintenis uit onverschuldigde betaling wordt dan beschouwd als quasi-contractueel,⁵² omdat die zich, onder andere wat betreft de passieve overerfbaarheid, gedraagt als een contractuele verbintenis.

Ook de mondelinge *stipulatio* (de *obligatio verbis*) kon aanleiding geven tot een *condictio*.⁵³ De *obligatio litteris* ontstond door inschrijving van de naam van de debiteur in het kasboek van de crediteur. Deze verbintenis wordt behandeld in de Instituten van Gaius, maar vormt geen onderdeel van het gerecipieerde Romeinse recht.⁵⁴ De verbintenis die voortkwam uit een door wilsovereenstemming ontstaan contract (de *obligatio consensu*), de vierde bron van verbintenissen,⁵⁵ werd altijd naar maatstaven van goede trouw beoordeeld,⁵⁶ en leidde daarom niet tot een strengrechtelijke *condictio*.

Degene die zich aan diefstal (*furtum*) schuldig had gemaakt, was eveneens op grond van de *condictio* aansprakelijk. Deze *condictio* stond aan de bestolen eigenaar ter beschikking en werd de *condictio (ex causa) furtiva* genoemd.⁵⁷ Het feit dat de *condictio furtiva* haar grondslag vond in een delict betekent niet dat de *condictio* een delictueel karakter had. Deze *condictio* kon immers, net zoals de andere *condictiones*, maar in tegenstelling tot de delictuele acties, tegen de erfgenamen van de debiteur worden ingesteld.⁵⁸

49 Nelson & Manthe, *Gai Institutiones* III 88–181, p. 92. Van een *contractus* is slechts sprake als partijen de intentie (*animus*) hebben om een rechtsbetrekking aan te gaan.

50 D. 44,7,1 *pr.* (Gaius, *libro secundo aureorum*): ‘Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.’ Reeds Gaius identificeert daarbinnen quasi-contractuele en quasi-delictuele verbintenissen en noemt in D. 44,7,5,1 (Gaius, *libro tertio aureorum*) de verbintenis *quasi ex contractu*; zie Nelson & Manthe, *Gai Institutiones* III 88–181, p. 65, 93.

51 I. 3,13,2.

52 I. 3,27,6.

53 D. 12,1,24 (Ulpianus, *libro singulari pandectarum*); Savigny, *System* V, p. 532 sq.

54 G. 3,128–35; I. 3,21; Zimmermann, *Obligations*, p. 32, n. 178, bestempelt deze verbintenis als ‘rather mysterious.’

55 G. 3,89; I. 3,13,2.

56 G. 3,135, 3,137.

57 D. 13,1,1 (Ulpianus), *infra*, n. 198.

58 Zie § 2.3.3, *infra*, p. 32.

In de Justiniaanse codificatie is een rubricering aangebracht naar gelang de situatie waarin de *condictio* in het klassieke Romeinse recht kon worden ingesteld.⁵⁹ Dit ziet men terug in de titels over de *condictio ob rem*,⁶⁰ *ob turpem causam*,⁶¹ *indebiti*,⁶² *sine causa*,⁶³ *furtiva*,⁶⁴ *ex lege*,⁶⁵ en *triticaria*.⁶⁶

III. *Datio*

Een derde kenmerk van de *condictio* was dat de eiser de gedaagde aansprak op diens verplichting om aan hem een *datio* te verrichten. De vraag rijst naar de juridische betekenis van deze in de *intentio* genoemde verplichting om een zaak te 'geven.' Het woord *dare* kon immers meer betekenissen hebben. Zo was van een *datio* sprake wanneer de macht over een zaak werd verschaft, zoals wanneer een landgoed in gebruik werd gegeven.⁶⁷ Daarnaast kon van een *datio* in meer specifieke zin sprake zijn wanneer een zaak in *eigendom* werd overgedragen. Zo stelt Ulpianus dat de *promissor* die zich bij *stipulatio* had verplicht tot het 'geven' van een landgoed, verplicht was dit landgoed in eigendom over te dragen:

D. 45,1,75,10: 'Deze stipulatie '[beloof jij] het Tusculaanse landgoed te geven?' heeft betrekking op een bepaalde [zaak], en houdt in alle omstandigheden in dat de eigendom op enige wijze aan de stipulator moet toekomen.'⁶⁸

-
- 59 Zie Kaser, *RP II*, p. 422–23. Zie voor een overzicht van *causae debendi* in vergelijking met de Engelse Common law: Druwé, *Rechtsgeschiedenis*, p. 265–86.
- 60 D. 12,4, *De condictione causa data causa non secuta*; C. 4,6, *De condictione ob causam datorum*. Deze *condictio* stond ter beschikking wanneer een prestatie was geleverd met het oog op het verkrijgen van een wederprestatie die was uitgebleven; zie Liebs, *Essays Honoré*, p. 172–73; Zimmermann, *Obligations*, p. 842–44, 57–62.
- 61 D. 12,5, *De condictione ob turpem vel iniustam causam*; C. 4,7, *De condictione ob turpem causam*. Deze *condictio* kon worden ingesteld als een prestatie was geleverd met het oog op een wederprestatie, die, ander dan bij de *condictio ob rem*, wél was geleverd, maar onzedelijk was; zie Liebs, *Essays Honoré*, p. 174–76; Zimmermann, *Obligations*, p. 844–47, 62–66.
- 62 D. 12,6, *De condictione indebiti*; C. 4,5, *De condictione indebiti*. Deze *condictio* bood een solvent die in dwaling een betaling had verricht de mogelijkheid deze betaling ongedaan te maken; zie Liebs, *Essays Honoré*, p. 177; Zimmermann, *Obligations*, p. 848–51, 66–71; zie nader § 2.6, *infra*, p. 83.
- 63 D. 12,7, *De condictione sine causa*; C. 4,9, *De condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa*; zie Liebs, *Essays Honoré*, p. 177; Zimmermann, *Obligations*, p. 854–57, 71–73.
- 64 D. 13,1, *De condictione furtiva*; C. 4,8, *De condictione furtiva*. Zie Liebs, *Essays Honoré*, p. 169–72; Zimmermann, *Obligations*, p. 839–41.
- 65 D. 13,2, *De condictione ex lege*.
- 66 D. 13,3, *De condictione triticaria*; Coninck Liefsting, *Themis* 8, p. 457 sq., *Verbindtenissen uit overeenkomst*, p. 1 sq.
- 67 D. 13,6,1,1 (Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*): 'utendam dari etiam soli.'
- 68 D. 45,1,75,10 (Ulpianus, *libro vicensimo secundo ad edictum*): 'Haec stipulatio: 'fundum Tusculanum dari?' ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.'

Ook Paulus stelt dat het bij de vraag of een zaak ‘gegeven’ was, uiteindelijk aankwam op de vraag of eigendomsoverdracht was bewerkstelligd:

D. 50,17,167 *pr.*: ‘Hetgeen op het moment dat het wordt gegeven niet in het vermogen van de accipiënt terecht komt, wordt geacht niet te zijn gegeven.’⁶⁹

De *promissor* die bij *stipulatio*⁷⁰ had toegezegd om een zaak te ‘geven’ (*dare*) was niet van zijn verplichting gekweten voordat hij deze zaak ook inderdaad in eigendom had overgedragen. Toch had de term *datio* in andere teksten een minder pregnante betekenis. Zo bespreekt Julianus de pupil die munten had ‘gegeven’ bij wijze van krediet of ter voldoening van een schuld.⁷¹ In dit geval was weliswaar sprake van een beoogde, maar niet van een bewerkstelligde eigendomsoverdracht, omdat de pupil de *datio* zonder toestemming van zijn voogd had verricht.⁷² In de hierna te bespreken tekst van Gaius (G. 4,4) blijkt echter dat de gedaagde in de *condictio* werd aangesproken op diens verplichting tot eigendomsoverdracht.⁷³

IV. *Certum*

De *condictio certae pecuniae* en de *condictio certae rei* stonden ter beschikking tegen een gedaagde die verplicht was tot het in eigendom overdragen van een bepaald geldbedrag of een bepaalde zaak. De *intentio* was altijd gericht op een *certum*;⁷⁴ dit was ofwel een geldsom, ofwel een bepaalde andere zaak. Deze andere zaak kon een hoeveelheid van een *genus*-zaak zijn die naar soort en hoeveelheid was bepaald, maar ook een specifieke zaak.⁷⁵ De rechter werd hierbij geïnstrueerd om, indien hij tot een veroordeling kwam, de objectieve marktwaarde van de gecondiceerde zaak te schatten: *quanti ea res est*.⁷⁶

69 D. 50,17,167 *pr.* (Paulus, *libro quadragensimo nono ad edictum*): ‘Non videntur data, quae eo tempore quo dentur accipientis non fiunt.’

70 Uit Lenels Palingenesie, waarin de oorspronkelijke boeken van de klassieke Romeinse juristen zijn gereconstrueerd, blijkt dat deze tekst eveneens betrekking had op een *stipulatio*, namelijk de *stipulatio aquam dari*; zie Lenel, *Pal. I*, k. 1056 (Paulus 631).

71 D. 12,1,19,1 (Julianus), zie *infra*, n. 88.

72 G. 2,82.

73 G. 4,4, *infra*, n. 101.

74 D. 12,1,9 *pr.* (Ulpianus, *libro vicensimo sexto ad edictum*): ‘Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petitur sive ex incerto [...]’ (‘De *condictio certi* staat ter beschikking vanwege alle rechtsgronden, en alle verbintenissen, op grond waarvan een zekere zaak kan worden geëist, ongeacht of op grond van een zeker, of een onzeker contract wordt geëist.’)

75 D. 12,1,6 (Ulpianus); D. 13,3,1 *pr.* (Ulpianus); *cf.*, wat betreft de inhoud van een *stipulatio*, D. 45,1,74 (Gaius).

76 D. 50,16,193 (Ulpianus).

Condictio incerti

Wanneer de gedaagde verplicht was een prestatie te leveren die door de rechter nog nader diende te worden bepaald,⁷⁷ kon de eiser gebruikmaken van de *condictio incerti*. Onder andere Julianus spreekt van deze ‘*condictio* gericht op een onbepaald bedrag.’⁷⁸ De *condictio incerti* kwam bijvoorbeeld van pas wanneer een vruchtgebruiker had geweigerd een zekerheidsstelling (*cautio*) af te geven. De eigenaar kon door middel van een *condictio incerti* deze *cautio* opvorderen.⁷⁹ Een andere toepassing van de *condictio incerti*, die hierna van belang zal zijn, was de *condictio possessionis* waarmee de waarde van het bezit van een zaak kon worden gecondiceerd.⁸⁰ Tegenwoordig wordt algemeen aangenomen dat het in het klassieke Romeinse recht mogelijk was om een *incertum* te condiceren.⁸¹ De *intentio* van deze *condictio incerti* luidde: *quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet*.⁸² Hiermee sprak de eiser de gedaagde aan op al hetgeen deze aan hem moest geven of doen; deze verplichting werd nader uiteengezet in een *praescriptio* of *demonstratio*.⁸³ In het Edict was deze actie wellicht onder de rubriek *Si incertum condicatur* opgenomen.⁸⁴

§ 2.2.4 De *condictio* als substituut voor de *rei vindicatio*

Uit de geciteerde *formulae* volgt dat samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* – althans de *condictiones* waarmee een *certum* werd gevorderd – in principe onmogelijk was. De *intentio* van de *condictio* behelsde immers de stelling dat de eiser eigenaar wilde worden, en die van de *rei vindicatio* dat hij reeds eigenaar was. Het wederzijds uitsluitende karakter van beide acties kwam aan het licht wanneer een pupil (*pupillus*)⁸⁵ zonder toestemming van zijn voogd (*sine tutore auctore*) een krediet (*mutuum*) trachtte te verstrekken.

77 Cf. de *stipulatio* waarbij het object van de *stipulatio* onzeker was en door de rechter diende te worden vastgesteld; zie D. 45,1,75,4 (Ulpianus); Zimmermann, *Obligations*, p. 90.

78 Zie D. 12,7,3 (Julianus): ‘Qui sine causa obligantur, incerti condictione consequi possunt ut liberentur. [...]’ De vertaling ‘*condictio* gericht op een onbepaald bedrag’ is ontleend aan Spruit *et al.* (red.).

79 Men spreekt van de *condictio cautionis*, *infra*, n. 110. Zie voor een ander voorbeeld van de *condictio incerti* de *condictio* van de pandhouder vanwege diefstal, *infra*, n. 201.

80 Zie § 2.6, *infra*, p. 83.

81 Kaser, *RP I*, p. 599; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 312, n. 8a.

82 G. 4,41.

83 Van Oven, *TvR* 22, p. 304; Kaser, *RP I*, p. 599.

84 Dit wordt echter betwijfeld door Lenel, *EP*, p. 156. Zie verder over de *condictio incerti*: Trampedach, *SZ* 17; Pflüger, *SZ* 18; Von Mayr, *SZ* 24, p. 258 sq.; *SZ* 25, p. 188 sq.; *Condictio*, p. 215–36; Koschembahr-Lyskowski, *Condictio II*, p. 78–290.

85 Het vermogen van een *pupillus*, een onder voogdij gesteld kind (*impubes*) dat *sui iuris* was, werd door een voogd (*tutor*) beheerd. Wanneer een pupil een rechtshandeling wenste te verrichten waarbij zijn rechtspositie niet uitsluitend werd verbeterd, dan had hij toestemming nodig van zijn voogd; zie Kaser, *RP I*, p. 85, 275.

Zonder deze toestemming kon de pupil, zo stelt Gaius, geen verplichtingen aangaan en was hij niet tot overdracht in staat.⁸⁶ Gezien het feit dat er geen eigendom van de munten overging, kwam er op de accipiënt geen verbintenis uit *mutuum* te rusten. Zolang de munten nog bestonden (*sicubi extent*) kon de pupil ze nog revindiceren en niet met de *condictio* opeisen. Gaius werpt de vraag op of de pupil ná consumptie van de munten wel de *condictio* kan instellen.⁸⁷ Julianus beantwoordt deze vraag bevestigend:

D. 12,1,19,1: 'Als een pupil zonder toestemming van zijn voogd een krediet heeft verstrekt of [een bedrag] als betaling heeft gegeven, dan heeft hij na consumptie van de munten de *condictio*, of wordt hij bevrijd, enkel omdat het geld door zijn handeling wordt geacht in het vermogen te zijn gekomen van degene die het heeft ontvangen.'⁸⁸

De vraag of een geldig *mutuum* tot stand was gekomen, rees ook wanneer een slaaf munten in krediet had willen geven. Dit was het geval, zo stelt Ulpianus,⁸⁹ wanneer de slaaf het beheer had gehad over zijn *peculium*,⁹⁰ maar wanneer de slaaf op de vlucht was geweest of het krediet anderszins tegen de wil van de eigenaar had verstrekt, dan was er geen sprake van eigendomsoverdracht en daarom ook geen *mutuum*. Ook de krankzinnige,⁹¹ en de dief,⁹² waren niet tot overdracht in staat.⁹³ Steeds sorteerde de levering geen goederenrechtelijk effect: de *rei vindicatio* was mogelijk vóór *consumptio*, en daarna kwam de *condictio* voor de *rei vindicatio* in de plaats:

D. 12,6,29: 'Soms geeft de persoon aanleiding voor terugvordering, bijvoorbeeld als een pupil zonder toestemming van zijn voogd een betaling heeft verricht, of een krankzinnige, of degene aan wie het beheer over zijn goederen is ontnomen. Met betrekking tot deze personen bestaat er in het algemeen geen twijfel dat sprake is van terugvordering. En als de munten nog bestaan, kunnen zij worden gerevindiceerd, en als zij verbruikt zijn, zal er ruimte zijn voor de *condictio*.'⁹⁴

86 G. 2,82.

87 Zie het slot van G. 2,82.

88 D. 12,1,19,1 (Julianus, *libro decimo digestorum*): 'Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit aut solvendi causa dederit, consumpta pecunia conductionem habet vel liberatur non alia ratione, quam quod facto eius intellegitur ad eum qui acceperit pervenisse [...].'
Zie over deze tekst: Kaser, *TvR* 29, p. 208; Schwarz, *Condictio*, p. 240.

89 D. 12,1,11,2 (Ulpianus, *libro vicensimo sexto ad edictum*): '[...] vindicari nummi possunt, si exstant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi: quod si sine dolo malo consumpsisti, condicere tibi potero.' Cf. D. 12,6,53 (Proculus).

90 Het *peculium* was het 'werkkapitaal' van de slaaf, *infra*, n. 320.

91 D. 12,1,12 (Pomponius).

92 D. 12,1,13 *pr.* (Ulpianus).

93 Zie over het hiervan te onderscheiden geval waarin overdracht werd verhinderd door onenigheid over de reden van de overdracht (een *dissensus in causa*), *infra*, n. 427.

94 D. 12,6,29 (Ulpianus, *libro secundo disputationum*): 'Interdum persona locum facit repetitioni, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate vel furiosus vel is cui bonis interdictum est solverit: nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.'

Uit deze tekst blijkt dat de *rei vindicatio* ter beschikking werd gesteld aan een niet-beschikkingsbevoegde persoon die zonder toestemming van zijn voogd munten had geleverd, en dat, wanneer de munten waren verbruikt (*consumptio*), de *condictio* als substituut diende voor het verlies van de *rei vindicatio*.⁹⁵ Het verdient te worden opgemerkt dat, anders dan tegenwoordig meestal het geval zal zijn, ook munten konden worden gerevindiceerd, mits deze identificeerbaar waren. Bij betalingen van grote bedragen zal dit het geval zijn geweest, nu de levering van munten plaatsvond in zakken (*sacculi*) die door een muntmeester (*nummularius*) waren gemarkeerd en als zodanig bij de accipiënt aan te wijzen waren.⁹⁶ Pas na vermenging (*commixtio*) of consumptie (*consumptio*) van de munten was identificatie niet langer mogelijk en verviel de *rei vindicatio*.⁹⁷ *Consumptio* kon zich voordoen wanneer de munten bij de accipiënt waren tenietgegaan, maar ook wanneer hij de munten te goeder trouw, dat wil zeggen in onkunde over de beschikkingsonbevoegdheid van de tradent, voor een nieuwe betaling aan een derde had gebruikt.⁹⁸ Zelfs wanneer de munten zich nog in dezelfde *sacculi* bevonden als waarin ze oorspronkelijk waren geleverd, en dus nog identificeerbaar waren, verkreeg de derde-verkrijger de eigendom van de munten. De accipiënt was nog steeds in staat om een gelijke hoeveelheid munten (een *genus*-zaak) aan de eiser over te dragen en kon daarom met de *condictio* worden aangesproken.⁹⁹

§ 2.2.5 Gaius over de *condictio furtiva* in G. 4,4

Voor zover uit het enkele gebruik van het woord *dare* in de *intentio* van de *condictio* nog niet volgt dat deze actie principieel op eigendomsoverdracht was gericht, dan wordt iedere twijfel weggenomen door Gaius' beschouwing, volgende op zijn onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties:¹⁰⁰

95 Ook in D. 12,1,23 (Africanus, *libro secundo quaestionum*) komt de *condictio* pas beschikbaar op het moment dat de slaaf is overleden, en de erfgenaam zijn *rei vindicatio* heeft verloren: 'Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim et vendiderim, mortuo eo posse te mihi pretium condicere Iulianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.' ('Als ik een slaaf die aan jou is gelegateerd, in bezit mocht hebben genomen en verkocht alsof hij aan mij is gelegateerd, dan stelt Iulianus dat jij wanneer de slaaf is overleden tegen mij de *condictio* kan instellen voor de prijs, alsof ik uit jouw zaak verrijkt ben.')

96 Fuchs, *Iusta causa traditionis*, p. 196; Kaser, *TvR* 29, p. 176; Zwolve, *GrOM* 13, p. 85.

97 Dit blijkt voor vermenging uit D. 46,3,78 (Javolenus). De regel voor de vermenging van munten week daarmee af van de hoofdregel voor de vermenging van soortzaken, waarbij vermenging leidde tot een *vindicatio pro parte* of tot mede-eigendom naar rato van ieders aandeel; zie Kaser, *TvR* 29, p. 185 sq., 194; Wacke, *BIDR* 79, p. 89.

98 Kaser, *TvR* 29, p. 200, leidt deze regel af uit het feit dat zodra een schuldenaar met anderen munten had betaald, hij van zijn schuld werd bevrijd wanneer de accipiënt de munten te goeder trouw had geconsumeerd; zie D. 46,3,17 (Pomponius).

99 Hij was immers verplicht om dezelfde munten of een gelijke hoeveelheid terug te geven; zie D. 12,6,7 (Pomponius, *libro nono ad Sabinum*): 'Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur.' Zie ook Zimmermann, *Obligations*, p. 897–98.

100 G. 4,2; 4,3, *supra*, n. 27 sq.

G. 4,4: 'Nu de acties op deze wijze zijn onderscheiden, is het zeker dat wij een zaak die aan ons toebehoort niet zo van een ander kunnen opvorderen [met de *intentio*]: 'als blijkt dat hij moet geven.' Wat immers van ons is, kan men niet aan ons geven, omdat immers onder 'aan ons geven' wordt begrepen dat op die wijze wordt gegeven, zodat het van ons wordt. Een zaak, die reeds van ons is, kan niet nog meer van ons worden gemaakt. Uitdrukkelijk is uit afkeer van dieven, opdat zij met meer acties aansprakelijk zouden zijn, aangenomen dat dieven naast de boete ter hoogte van twee- of viermaal de waarde van de verkregen zaak, ook met deze actie aansprakelijk zouden zijn om de zaak terug te verkrijgen: 'als blijkt dat zij moeten geven,' hoewel tegen hen ook de actie beschikbaar is, waarmee wij onze zaak opvorderen.'¹⁰¹

Gaius bespreekt in deze tekst, die met slechts enkele tekstuele wijzingen is opgenomen in de Justiniaanse Instituten,¹⁰² de *condictio* in enge zin: hij heeft het niet meer over alle persoonlijke acties, maar slechts over de actie waarvan de *intentio* luidde dat de gedaagde een *datio* diende te verrichten. Gaius zet uiteen dat aan een eigenaar in principe geen *condictio* ter beschikking staat met betrekking tot zijn eigen zaak. De reden hiervan is dat een eigenaar niet nog meer eigendom van de door hem opgeëiste zaak kan verwerven dan hij reeds heeft. De *condictio* was dus de persoonlijke actie waarbij de eiser stelde dat de gedaagde jegens hem tot eigendomsoverdracht verplicht was. Samenloop met de *rei vindicatio* was daarom uitgesloten. In het geval van diefstal (*furtum*) maakt Gaius echter een uitzondering op het principe dat de *condictio* op eigendomsoverdracht was gericht. De dief was geen eigenaar geworden en was daarom niet tot retro-overdracht in staat. Strikt genomen kon hij daarom niet aan de eis van de *condictio* voldoen. Uit afkeer van dieven zou echter zijn aanvaard dat ook de dief jegens de eigenaar op grond van de *condictio* aansprakelijk was. De reden hiervoor was volgens Gaius gelegen in het feit dat de dief zo met verschillende acties aansprakelijk zou zijn, en niet alleen met de *rei vindicatio* en de poenale *actio furti*, die resulteerde in een boete ten belope van twee- of viermaal de waarde van de zaak, afhankelijk van de vraag of de dief op heterdaad was betrapt.¹⁰³ Gevolg van de beschikbaarheid van de *condictio* in het geval van diefstal was

101 G. 4,4: 'Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: si paret eum dare oportere; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod <ita datur, ut> nostrum fiat; nec res, quae <nostra iam est>, nostra amplius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures ex hac actione teneantur: si paret eos dare oportere, quamvis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.'

102 I. 4,6,14: 'Sic itaque discretis actionibus certum est non posse actorem rem suam ita ab aliquo petere si paret eum dare oportere: nec enim quod actoris est, id ei dari oportet, quia scilicet dari cuiquam id intellegitur, quod ita datur, ut eius fiat, nec res quae iam actoris est, magis eius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur si paret eos dare oportere, quamvis sit aduersus eos etiam haec in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.'

103 Zimmermann, *Obligations*, p. 932, 936.

dat de bestolene, als de gestolen zaak nog bestond, de keuze had tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*.

Men zou kunnen denken dat een succesvolle *condictio* altijd leidde tot eigendomsoverdracht, zelfs in het geval van diefstal, en dat hier in het geheel geen sprake was van een uitzondering. Ook een dief diende immers aan een veroordeling in de *condictio furtiva* te voldoen door een bedrag ter hoogte van de waarde van de gestolen zaak aan de eiser over te dragen. Het komt hier echter aan op het onderscheid tussen de *intentio* en de *condemnatio*. De *intentio* van de *condictio* was de vaststelling dat de gedaagde tot eigendomsoverdracht was verplicht, terwijl de *condemnatio* de plicht inhield om de waarde van de gecondiceerde zaak te vergoeden. Parate executie was niet mogelijk; dat betekent dat de eiser op grond van een veroordeling in de *condictio* niet de mogelijkheid had zich opnieuw het bezit over de zaak te verschaffen. Een veroordeling hield altijd een verplichting in tot betaling van een geldsom; dit was het beginsel van de *condemnatio pecuniaria*.¹⁰⁴ Ook de *condictio furtiva* leidde dus, wanneer de dief gehoor gaf aan deze veroordeling, tot een eigendomsoverdracht aan de eiser – alleen niet van de gecondiceerde zaak maar van een bedrag ten belope van de waarde van de zaak (*quanti ea res est*).¹⁰⁵ Het verschil tussen de *condictio furtiva* en de overige toepassingen van de *condictio* was dan ook niet gelegen in de gevolgen van de *condemnatio*, maar in de grondslag van de *intentio*.

§ 2.2.6 Ulpianus over de *condictio furtiva* in D. 7,9,12

Ook Ulpianus benoemt het uitzonderlijke karakter van de *condictio furtiva* aan het slot van een tekst waarin hij de situatie bespreekt dat een recht van vruchtgebruik is gelegateerd:

D. 7,9,12: 'Als vaatwerk zelf in vruchtgebruik is gegeven, dan zal op grond van het *senatus consultum* geen garantie noodzakelijk zijn, maar slechts de garantie om het vruchtgebruik volgens het oordeel van een verstandig man uit te oefenen. Als [vaatwerk] dus is geleverd vanwege vruchtgebruik, dan twijfelt niemand dat de eigendom niet toevalt aan degene die ontvangt; [het vaatwerk] wordt immers niet geleverd, opdat de eigendom vervalt bij degene die levert, maar opdat de legataris vruchtgebruiker wordt. Omdat het vaatwerk dus niet gaat toebehoren aan de vruchtgebruiker, kan het door de eigenaar worden gerevindiceerd, wanneer de garantie niet is gegeven. Het valt te bezien of de *condictio* van toepassing is. En het is aanvaard dat niemand zijn eigen zaak met de *condictio* kan opeisen, behalve van een dief.'¹⁰⁶

¹⁰⁴ G. 4,48.

¹⁰⁵ Kaser, *RP I*, p. 499.

¹⁰⁶ D. 7,9,12 (Ulpianus, *libro octavo decimo ad Sabinum*): 'Si vasorum ipsorum usus fructus relictus sit, non erit cautio senatus consulti necessaria, sed illa sola 'boni viri arbitratu usurum fruiturum.' Si igitur tradita sunt fruendi causa, nemo dubitat non fieri eius qui accepit: non enim ideo traduntur, ut dominium recedat ab eo qui tradit, sed ut utatur fruatur legatarius. Ergo cum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. Videndum est de conditione, an possit locum habere: et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.' Waar de Editio Maior de lezing 'nisi furi' kent, spreekt de Vulgaat van 'nisi a fure.'

Bij wijze van legaat is een recht van vruchtgebruik gevestigd op vaatwerk. Deze tekst volgt in Ulpianus' 18^e boek op Sabinus direct op een tekst waarin een recht van vruchtgebruik op geld of op andere fungibele zaken wordt gevestigd,¹⁰⁷ in welk geval het vestigen van een recht van vruchtgebruik leidde tot eigendomsoverdracht van deze zaken. Er bestond in dat geval een grote overeenkomst met verbruikleen (*mutuum*), en dit is de reden dat Gaius spreekt van 'oneigenlijk vruchtgebruik' (*quasi usus fructus*).¹⁰⁸ Een senaatsbesluit verplichtte de 'vruchtgebruiker' in dat geval door middel van een *cautio usufructuaria* te garanderen een gelijke hoeveelheid van de fungibele zaak terug over te dragen.¹⁰⁹ Was de *cautio* achterwege gebleven, dan kon de erfgenaam een *condictio incerti* instellen om de niet-afgelegde *cautio usufructuaria* op te eisen.¹¹⁰

In de hierboven geciteerde tekst komt een 'normaal' vruchtgebruik op niet-verbruikbare zaken, zoals vaatwerk, aan de orde. De legataris hoefde daarom aan de erfgenaam, die nog steeds eigenaar was, niet de *cautio usufructuaria* op grond van het senaatsbesluit af te geven; dat is de achtergrond van het begin van de eerste zin van deze tekst. Vervolgens stelt Ulpianus dat in het geval van een vruchtgebruik op vaatwerk nog altijd een andere *cautio* was vereist, te weten die waarbij de vruchtgebruiker garandeerde het recht van vruchtgebruik uit te oefenen volgens het oordeel van een verstandig man (de *cautio boni viri arbitratu*).¹¹¹ Weigerde de legataris dit, dan kon de erfgenaam hem aanspreken met de *rei vindicatio*.¹¹² Kennelijk, zo kunnen we hieruit afleiden, was het vaatwerk geleverd nog voordat deze *cautio* was afgegeven.

In het slot werpt Ulpianus de vraag op of de erfgenaam ook kon condiceren en formuleert hij de regelmatig geciteerde regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. De vraag of een vruchtgebruiker die de *cautio* niet heeft afgegeven als een dief moet worden aangemerkt, en om die reden met de *condictio* kan worden aangesproken, beantwoordt Ulpianus niet. Maar het feit dat Ulpianus de vruchtgebruiker niet onder de diefstal-uitzondering brengt, rechtvaardigt de conclusie dat de vrucht-

107 D. 7,5,5,1 (Ulpianus); zie Lenel, *Pal.* II, k. 1075 (Ulpianus 2591); Hähnchen, SZ 121, p. 392. Zie over beide teksten Santoro, *AUPA* 32, p. 189–235.

108 D. 7,5,2,1 (Gaius).

109 D. 7,5,2 *pr.* (Gaius); zie Kaser, *RP* I, p. 453–54; Hähnchen, SZ 121, p. 393.

110 Zie eveneens D. 7,5,5,1. Dit was een geval waarin de *condictio* niet was gericht op eigendomsoverdracht van een zaak, maar op het aangaan van een verbintenis (*condictio obligationis*). Zie over de *condictio incerti*, *supra*, p. 21. Zie over de *condictio cautionis* ook: Baron, *Conditionen*, p. 252; Von Mayr, *Condictio*, p. 222; Saccoccio, *Si certum petetur*, p. 180–189; Sturm, SZ 124, p. 518 (in zijn bespreking van het boek van Saccoccio).

111 Zie over deze *cautio* om de zaak volgens het oordeel van een goed man te gebruiken: D. 7,9,1 (Ulpianus); zie ook Kaser *RP* I, p. 451, n. 53, p. 599, n. 56.

112 De beschikbaarheid van de *rei vindicatio* blijkt, onder verwijzing naar de opvatting van Proculus, eveneens uit D. 7,9,7 *pr.* (Ulpianus, *libro septuagensimo nono ad edictum*), welke tekst, net zoals D. 7,9,12, betrekking heeft op het geval dat de *cautio usufructuaria* niet was afgelegd; zie over beide teksten Van Es, *De actio negatoria*, p. 61–64.

gebruiker niet als dief wordt aangemerkt en dat de *condictio* in dit geval niet van toepassing was.

Ulpianus bevestigt deze regel uit D. 7,9,12 in het kader van de *condictio triticaria*:

D. 13,3,1,1: 'Niemand kan echter zijn eigen zaak met deze actie opvorderen, tenzij er een grondslag aanwezig is die dit wel mogelijk maakt, bijvoorbeeld op grond van diefstal of met betrekking tot een met geweld weggenomen roerende zaak.'¹¹³

In deze tekst is de diefstal-uitzondering niet zeer strikt geformuleerd. Diefstal is volgens deze tekst slechts een voorbeeld van een geval waarin de *condictio* aan een eigenaar met betrekking tot zijn eigen zaak toekwam. Zoals wij zullen zien, kwamen zulke gevallen inderdaad voor.¹¹⁴

§ 2.2.7 De *condictio furtiva* als uitzondering

De vraag rijst hoe de diefstal-uitzondering zich verhiel tot de hoofdregel dat de *condictio* principieel, uit kracht van de *datio* waar de gedaagde volgens de *formula* van de *condictio* toe was verplicht, eigendomsoverdracht beoogde. Men kan deze vraag ten eerste op een historische manier opvatten. Gaius stelt dat de *condictio furtiva* haar verklaring vindt in de afkeer van dieven, die noopte tot 'aanvaarding' (*receptum est*) van de uitzondering dat de *condictio* aan een eigenaar ter beschikking werd gesteld.¹¹⁵ Deze verklaring wekt de indruk dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht was gericht, maar dat later een uitzondering op dit principe werd aanvaard in geval van diefstal. Het is echter eveneens mogelijk dat de *condictio* van oorsprong al tegen dieven kon worden ingesteld, maar dat, naar mate de *datio* waar de gedaagde in de *condictio* toe werd aangesproken, steeds meer de specifieke betekenis kreeg van 'in eigendom overdragen' in plaats van het juridisch gezien meer neutrale 'geven'.¹¹⁶ De *condictio furtiva* zou dan steeds meer een uitzondering zijn geworden die afzonderlijk verklaring behoefde. Het verschil tussen beide opvattingen kan worden teruggebracht tot enerzijds het idee dat de *datio* van oorsprong een specifieke betekenis had, waarop na

113 D. 13,3,1,1 (Ulpianus, *libro vicensimo septimo ad edictum*): 'Rem autem suam per hanc actionem nemo petet, nisi ex causis ex quibus potest, veluti ex causa furtiva vel vi mobili abrepta.' De Vulgaat bevat ten opzichte van de Editio Stereotypa het woord 're' in plaats van 'vi.'

114 Zie § 2.5, *infra*, p. 67.

115 G. 4,4, *supra*, n. 101. Dat de afkeer van dieven de reden was van invoering van de *condictio furtiva* wordt betwijfeld door: Levy, *Konkurrenz* I, p. 281, n. 3; Schwarz, *Condictio*, p. 278; Hähnchen, *Die causa conductionis*, p. 114, n. 537, die stelt dat het om een 'illustrerendes Witzchen' van een repetitor gaat.

116 In deze zin: Van Oven, *Leerboek*, § 207, p. 344; Bekker, *Aktionen* I, p. 105–106.

verloop van tijd uitzonderingen, zoals voor diefstal, werden toegestaan,¹¹⁷ en anderzijds dat de term *datio* van oorsprong een weinig specifieke betekenis had, en dat men deze term na verloop van tijd op een striktere wijze is gaan duiden, zodat bepaalde, reeds bestaande, toepassingen van de *condictio* niet meer onder deze definitie vielen en tot uitzondering werden bestemd. Deze vraag is niet goed te beantwoorden omdat men meer zou moeten weten over de ouderdom van de *condictio furtiva* ten opzichte van de ontwikkeling van het woord *dare*.¹¹⁸ Cicero noemt de *condictio furtiva* niet,¹¹⁹ zodat men zou kunnen denken dat het toepassingsgebied van de *condictio* in de periode tussen Cicero en Gaius zou zijn uitgebreid.¹²⁰ Thryphoninus stelt daarentegen dat reeds de *veteres*, de juristen uit de Republiek, de dief met de *condictio* aansprakelijk stelden.¹²¹

Men kan de vraag naar de verhouding tussen hoofdregel en uitzondering ook op een systematische wijze opvatten. Gaius beschouwt de *condictio furtiva* als een anomalie. Verscheidene auteurs hebben getracht het conflict tussen de strikte definitie van de *datio* enerzijds, en de uitzondering voor diefstal anderzijds glad te strijken en zo de interne logica van het systeem te herstellen. Het is illustratief voor de wijze waarop in de literatuur de noodzaak is gevoeld om het Romeinse recht te beschouwen als een 'kloppend' systeem dat geen interne tegenstrijdigheden kon bevatten, om enkele van deze opvattingen weer te geven. Volgens een eerste opvatting was de *condictio* altijd, dus ook in het geval van diefstal, op eigendomsoverdracht gericht.

Álvaro d'Ors verdedigt deze opvatting en stelt dat de *condictio* in alle gevallen eigendomsoverdracht beoogde.¹²² Om deze theorie, ook in geval van diefstal, in stand te kunnen houden, moest de dief dus wel, ook al was het maar voor een ondeelbaar ogenblik, eigenaar zijn geworden. Daarom zou de eiser in de *condictio furtiva* volgens d'Ors zijn eigendomsrecht hebben prijsgegeven op het moment dat hij deze actie instelde, zodat de dief tot retro-overdracht kon worden aangesproken.¹²³ Het betoog van d'Ors is ten onrechte gebaseerd op een vergelijking met de situatie waarin een bestolen eigenaar de *rei vindicatio* instelde tegen de dief. De gedaagde in de *rei vindicatio* die de *litis aestimatio* had voldaan, verkreeg inderdaad het verjaringsbezit en, na afloop van de termijn, de civiele eigendom,¹²⁴ maar dat betekent niet dat een

117 Daube, *CLJ* 6, p. 218, spreekt, in een ander verband, over 'the vague yet widely spread conception that, at the outset, words have a narrow, well-defined sense, which is only extended by gradual stages.'

118 Zie over de ouderdom van de *condictio furtiva*: Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 96; *Essays Honoré*, p. 166, n. 17; Zimmermann, *Obligations*, p. 836, n. 18 en p. 941, n. 152; Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 22–25; Hähnchen, *Die causa conductionis*, p. 111.

119 Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, *supra*, n. 45.

120 In die zin: Von Mayr, *Condictio*, p. 74, 144.

121 D. 13,1,20 (Tryphoninus).

122 d'Ors, *RIDA* 12, p. 462; *SDHI* 19, p. 140, 151.

123 Zie de bespreking van dit argument bij Kaden, *SZ* 71, p. 566.

124 D. 47,2,85(84) (Paulus).

keuze voor de *condictio furtiva* eveneens een prijsgeve van het eigendomsrecht op de gestolen zaak inhield.¹²⁵ Bovendien zou het betoog van d'Ors Gaius' bijzondere verklaring van de *condictio furtiva* overbodig maken.¹²⁶

Volgens een tweede opvatting, die hier het spiegelbeeld van vormt, zou de *condictio furtiva* in het geheel geen uitzondering zijn omdat de *condictio* niet principieel op eigendomsoverdracht zou zijn gericht.

Alexander Schloßmann verdedigt, in een vrijwel ondoorgrondelijk betoog, deze, aan die van d'Ors tegenovergestelde, theorie.¹²⁷ Waar d'Ors de *condictio furtiva* aanpast aan de hoofdregel, bewijst de diefstal-uitzondering volgens Schloßmann juist dat de *condictio* niet, ook niet in beginsel, gericht was op eigendomsoverdracht. Gaius' stelling dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogde zou dan ook 'eine unrichtige Verallgemeinerung' zijn. Hij stelt dat de woorden uit G. 4,4 'dat op die wijze wordt gegeven, opdat het van ons wordt' (*quod ita datur, ut nostrum fiat*) verschillend kunnen worden vertaald: in finale zin, zodat de tekst luidt: 'dat op die wijze wordt gegeven, zodat (of opdat) de zaak ons eigendom wordt,' waarbij de *datio* geschiedde met eigendomsoverdracht als doel, maar dat ook een vertaling in consecutieve zin mogelijk is, zodat de tekst luidt: 'dat op die wijze wordt gegeven, terwijl de zaak ons eigendom wordt.' Bij deze laatste vertaling vloeide de eigendomsoverdracht noodzakelijk voort uit *intentio* van de *condictio*, maar was dit niet het beoogde gevolg van de actie. Schloßmann beschouwt, terecht, de eerste, finale, vertaling als juist.¹²⁸ Maar volgens hem zou alleen de laatste, consecutieve, vertaling de stelling kunnen dragen dat een *datio* per definitie eigendomsoverdracht inhield. Volgens die vertaling zou de eigendomsoverdracht uit de *datio* voortvloeien, terwijl deze volgens de finale vertaling weliswaar het beoogde gevolg van de *datio* zou zijn, maar niet noodzakelijk in de *datio* zou liggen besloten. Deze theorie gaat echter voorbij aan het feit dat Gaius nu juist duidelijk maakt dat de eiser in de *condictio* in beginsel een eigendomsoverdracht verlangde die ook mogelijk was. Dat dit in het geval van diefstal niet mogelijk was, is nu juist de essentie van het bijzondere karakter van de *condictio furtiva*.

Volgens een derde opvatting is de *datio* niet alleen op eigendomsoverdracht gericht, maar ook op bezitsverschaffing.

Detlef Liebs verdedigt deze theorie die aan die van Schloßmann is verwant. Volgens Liebs duidde *dare* niet op eigendomsoverdracht, maar, in gevallen waarin de eiser reeds eigenaar is, ook op bezitsverschaffing. De klassieke juristen zouden met de term *dare* hebben willen aangeven dat een enkele bezitsverschaffing niet afdoende was, maar dat in gevallen waarin de eiser al eigenaar was met de *condictio* ook een enkele bezitsverschaffing zou kunnen worden beoogd. Van

125 d'Ors' stelling vindt zijn weerlegging in D. 47,2,9,1, *infra*, n. 280.

126 In deze zin: Hähnchen, *Die causa condictiois*, p. 112, n. 526. Toch is de theorie van d'Ors onlangs opnieuw opgedoken bij Harke, *IVRA* 54, p. 52, n. 12.

127 Schloßmann, *SZ* 24, p. 167; *SZ* 29, p. 290.

128 Zo is de tekst in dit hoofdstuk vertaald, *supra*, n. 101.

belang is dus, zo lijkt Liebs te stellen, dat de eiser na de *datio* eigenaar is, maar niet dat hij het door de *datio* is geworden.¹²⁹ Liebs stelt dat de onmogelijkheid van het verrichten van een *datio* aan de eigenaar uitsluitend uit de tekst van Gaius volgt, maar dat is onjuist.¹³⁰ Gaius zegt dit weliswaar het duidelijkst, maar ook uit andere teksten blijkt dat de *condictio* in principe pas beschikbaar kwam wanneer de eiser niet meer kon revindiceren.¹³¹

De meeste auteurs hebben, terecht, aanvaard dat de gedaagde in de *condictio* tot eigendomsoverdracht werd aangesproken. Volgens deze opvatting was de *condictio furtiva* inderdaad een anomalie.¹³² In het vervolg wordt onderzocht wat voor de eiser de voordelen waren om, naast de *rei vindicatio*, een beroep te kunnen doen op de *condictio furtiva*.

§ 2.3 REI VINDICATIO EN CONDUCTIO FURTIVA

§ 2.3.1 Inleiding

Samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* kon zich alleen voordoen wanneer de gestolen zaak nog bestond. Het tenietgaan van de zaak bracht immers het wegvallen van de *rei vindicatio* met zich mee. Als de zaak nog bestond waren er twee situaties denkbaar: die waarin de dief zelf nog bezitter was, zodat hij op grond van beide acties aansprakelijk was, en die waarin de gestolen zaak zich inmiddels onder een derde-bezitter bevond. In dat laatste geval kon de dief met de *condictio* worden aangesproken, en de derde-bezitter met de *rei vindicatio*. In beide gevallen rijst de vraag naar de onderlinge verhouding tussen beide acties.¹³³

129 Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 150; in exact gelijke bewoordingen: Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 14. Zie een variatie op dit betoog bij Stone, *SZ* 83, p. 358–62.

130 De theorie van Liebs is niet in overeenstemming met D. 12,6,15,1, *infra*, n. 436, waarin Paulus aan een niet-eigenaar de *condictio* voor het bezit toekent.

131 Ook Renaud, *AcP* 29, p. 169, grijpt de *condictio furtiva* aan om de hoofdregel van de *condictio* opzij te zetten: 'Diese Ausnahme war nur der Anhaltspunkt, von welchem aus nach und nach die ganze Regel untergraben wurde.'

132 In die zin beschouwt Savigny, *System V*, p. 554, de *condictio furtiva* als 'eine von der allgemeinen Regel der Conditionen abweichende.' Volgens de heersende leer was de *condictio* een 'Räthsel,' 'Ausnahme,' 'Anomalie' of 'afwijking': Glück, XIII.1, p. 214; Coninck Liefsting, *Themis* 13, p. 725, *Verbindtenissen uit overeenkomst*, p. 145; Baron, *Conditionen*, p. 28; Vangerow, III, § 679, p. 573; Dernburg/Sokolowski, II, § 393, p. 835; Pflüger, *Eigentum*, p. 130–31; Fuchs, *Iusta causa traditionis*, p. 165; Levy, *SZ* 42, p. 487; Watson, *Obligations*, p. 13; Zimmermann, *Obligations*, p. 6, 841; Hähnchen, *Die causa conditionis*, p. 28, n. 82 en p. 111, n. 521.

133 Literatuur over de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*: Levy, *Konkurrenz* II, p. 90–95; Girard/Senn, *Manuel élémentaire*, p. 439; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 307; Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 92–93; Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 28–29, 109–12; Hähnchen, *Die causa conditionis*, p. 114–16.

§ 2.3.2 Twee reïpersecutoire acties

De *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* dienden hetzelfde zaaksvervolgende, ofwel reïpersecutoire, doel.¹³⁴ In het geval van diefstal stonden aan de bestolen eigenaar enerzijds de poenale *actio furti* ter beschikking en anderzijds de reïpersecutoire, of ‘zaaksvervolgende,’ acties: de *rei vindicatio* en de *condictio*:

G. 4,8: ‘Met de *actio furti* en de *actio iniuriarum* en, volgens sommige opinies, met de *actio vi bonorum raptorum* wordt slechts een poenaal doel nagestreefd; met betrekking tot de zaak zelf staan immers de *rei vindicatio* en de *condictio* aan ons ter beschikking.’¹³⁵

Het reïpersecutoire karakter van de *rei vindicatio* en de *condictio* hield in dat de waarde van de zaak zelf centraal stond, ook al werd deze waarde op verschillende wijzen vastgesteld – bij de *condictio* op objectieve wijze en bij de *rei vindicatio* op grond van een schattingseed.¹³⁶ Gezien het verschillende doel van de poenale *actio furti* en de reïpersecutoire acties, trad er volgens Gaius cumulatie op:

D. 47,2,55(54),3: ‘Omdat de *actio furti* strekt tot het verkrijgen van een boete, maar een *condictio* en een *rei vindicatio* tot het terugkrijgen van de zaak, is het duidelijk dat, wanneer de zaak herkegen is, de *actio furti* niettemin behouden blijft, maar de *rei vindicatio* en de *condictio* opgeheven worden, zoals omgekeerd na betaling van de boete van het dubbele of viervoudige de *rei vindicatio* en de *condictio* behouden blijven.’¹³⁷

Ook Ulpianus bespreekt de samenloop van acties die zich bij diefstal voor doet:

D. 13,1,7: ‘[pr.] Wanneer voor een dief een boete is vastgesteld, is het meest juist dat dit de *condictio* niet hindert: door de uitspraak gaat de *actio furti* teniet, maar niet de *condictio*. [1.] Met de *actio furti* vordert men de wettelijke boete, met de *condictio* de zaak zelf. Zo komt het dat noch de *actio furti* door de *condictio* wordt

134 Zie G. 4,6, waaruit blijkt dat de reïpersecutoire acties ‘slechts de zaak’ (*rem tantum*) op het oog hadden: ‘Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur, interdum ut poenam tantum, alias ut rem et poenam.’ (‘Wij procederen echter soms, opdat wij slechts de zaak nastreven, soms opdat wij een boete verkrijgen, en ook opdat wij de zaak en een boete verkrijgen.’)

135 G. 4,8: ‘Poenam tantum consequimur uelut actione furti et iniuriarum et secundum quorundam opinionem actione ui bonorum raptorum: nam ipsius rei et uindicatio et condictio nobis competit.’

136 Zie § 2.3.4, *infra*, p. 34.

137 D. 47,2,55(54),3 (Gaius, *libro tertio decimo ad edictum provinciale*): ‘Cum furti actio ad poenae persecutionem pertineat, condictio vero et vindicatio ad rei recipationem, apparet recepta re nihilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et conditionem tolli: sicut ex diverso post solutam dupli aut quadrupli poenam salva est vindicatio et condictio.’

geconsumeerd, noch de *condictio* door de *actio furti*. Degene die bestolen is, heeft dus de *actio furti*, en de *condictio*, en de *rei vindicatio*, en bovendien de *actio ad exhibendum*.¹³⁸

Volgens Ulpianus deed zich in geval van diefstal samenloop voor tussen vier acties: de poenale *actio furti*, de *rei vindicatio*, de *actio ad exhibendum*, ter vaststelling van het bezit van de zaak en daarmee de passieve legitimatie tot de *rei vindicatio*, en tot slot de *condictio*. Wanneer de bestolen eigenaar zijn zaak had herkrege, zo stelt Gaius, kwamen beide reïpersecutoire acties te vervallen. De gedaagde kon bij een veroordeling echter niet worden verplicht om de zaak zelf af te geven.¹³⁹ De vraag rijst daarom of de eiser de reïpersecutoire acties achtereenvolgens kon instellen. Alvorens op de procesrechtelijke uitwerking van deze vraag in te gaan,¹⁴⁰ rijst de vraag welke belangen van de bestolen eigenaar waren gediend met het feit dat hij niet één, maar twee reïpersecutoire acties tot zijn beschikking had.¹⁴¹

§ 2.3.3 Passieve legitimatie

Het voornaamste belang van de *condictio furtiva* was gelegen in de passieve legitimatie tot deze actie – de vraag wie met deze *condictio* kon worden aangesproken. Wanneer iemand verplicht was tot overdracht van een *species*-zaak,¹⁴² dan verviel deze verbintenis in beginsel met het tenietgaan van de zaak.¹⁴³ De aansprakelijkheid van de dief duurde evenwel voort na het tenietgaan van de zaak.¹⁴⁴ De reden hiervoor was dat een dief van rechtswege in verzuim verkeerde,¹⁴⁵ en het verzuim de verbintenis bestendigde.¹⁴⁶ Zo bleef de

138 D. 13,1,7 (Ulpianus, *libro quadragesimo secundo ad Sabinum*): '[pr.] Si pro fure damnum decisum sit, conductionem non impediri verissimum est: decisione enim furti quidem actio, non autem condictio tollitur. [1.] Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam. Ea res facit, ut neque furti actio per conductionem neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et conductionem et vindicationem, habet et ad exhibendum actionem.'

139 Zie over de *condemnatio pecuniaria*, *supra*, n. 104.

140 Zie § 2.4, *infra*, p. 43.

141 Behalve uit de geciteerde teksten zijn voorbeelden van deze samenloop ook te vinden in D. 11,3,11,2 (Ulpianus); C. 6,2,12 (Imperatores Diocletianus, Maximianus, a. 293), over de kinderen van een slaaf die bij de dief werden geboren; C. 3,41,5 (Imperatores Diocletianus, Maximianus, a. 294), waarbij een meester werd aangesproken voor diefstal begaan door zijn slaaf.

142 Wanneer de verbintenis de overdracht van een *genus*-zaak betrof, dan was overdracht van een zelfde hoeveelheid van deze zaak, gezien de regel *genus non perit*, per definitie mogelijk.

143 Niemand was immers tot het onmogelijke gehouden; D. 50,17,185 (Celsus, *libro octavo digestorum*): 'Inpossibilium nulla obligatio est.'

144 D. 13,1,7,2 (Ulpianus); D. 13,1,20 (Tryphoninus); in het kader van de *condictio ob causam*: D. 12,4,15 (Pomponius).

145 D. 13,1,8,1 (Ulpianus), *infra*, n. 171.

146 D. 45,1,82,1 (Ulpianus). Zie over de fictieve *perpetuatio obligationis*: Zimmermann, *Obligations*, p. 785.

condictio furtiva ter beschikking staan van degene die de eigendom van een grondstof had verloren nadat een ander deze had bewerkt en er door zaaksvorming (*specificatio*) eigenaar van was geworden:

G. 2,79: '[...] en bovendien staat aan hem tegen dezelfde persoon de *condictio* ter beschikking, omdat, ook al kunnen zaken die teniet zijn gegaan niet meer worden gerevindiceerd, het mogelijk is ze te condiceren van dieven en enkele andere bezitters.'¹⁴⁷

In dit geval deed zich echter geen samenloop voor met de *rei vindicatio*. Een voordeel voor de bestolen eigenaar om, náást de *rei vindicatio*, de *condictio furtiva* tot zijn beschikking te hebben, trad aan het licht in de situatie waarin de gestolen zaak weliswaar nog bestond, maar was doorgeleverd aan een derde. Deze derde was aansprakelijk op grond van de *rei vindicatio*,¹⁴⁸ maar de eigenaar zal zijn identiteit niet altijd hebben gekend. Ook wanneer de eiser er niet zeker van was of de gestolen zaak was doorgeleverd, was het voor hem veiliger om de dief aan te spreken met de *condictio furtiva*. De *actio ad exhibendum*,¹⁴⁹ was hiermee overbodig. Als dit bezit niet kon worden vastgesteld, dan diende de eiser alsnog op de *condictio* terug te vallen. De vraag wie bezitter was, kon bijvoorbeeld rijzen wanneer de dief was komen te overlijden. De aansprakelijkheid van de dief op grond van de *condictio* stond vast, en omdat de *condictio*, net zoals de contractuele acties,¹⁵⁰ passief overerfbaar was,¹⁵¹ waren de erfgenamen volgens hun erfdeel aansprakelijk.¹⁵² Door verschillende erfgenamen met de *condictio* aan te spreken kon de eigenaar trachten een zo groot mogelijk deel van de waarde vergoed te krijgen, en kon hij een onderzoek naar de vraag óf de gestolen zaak nog bestond, en niet bijvoorbeeld door vermenging of verbruik teniet was gegaan, achterwege laten.

Savigny heeft dit voordeel van de *condictio furtiva* op het oog wanneer hij schrijft dat aan de *rei vindicatio* het risico inherent was dat dief de gestolen munten 'noch jetzt augenblicklich' zou uitgeven of vermengen met ander geld. In dit risico zou de achtergrond zijn gelegen van de *condictio furtiva*. Zoals Savigny schrijft: 'Das

147 G. 2,79 (≈I. 2,1,26): '[...] nec minus aduersus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet uindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.'

148 De derde-bezitter werd geen verjaringsbezitter, omdat de gestolen zaak (*res furtiva*) niet vatbaar was voor verjaring. Pas indien de zaak terugkeerde (*reversio*) bij de eigenaar verviel de status van *res furtiva*. Zie G. 2,45; D. 41,3,4,6 (Paulus). In de literatuur vindt men deze opvatting bij: Yaron, *TvR* 35, p. 216; Kaser, *SZ* 105, p. 140.

149 D. 10,4,1 (Ulpianus); Lenel, *EP*, p. 223.

150 Zie G. 4,112, waarin Gaius stelt dat delictuele acties niet passief overerfbaar waren. Het feit dat de *condictio furtiva* wel passief overerfbaar was, is dan ook reden deze actie niet als delictuele actie te beschouwen; in die zin ook Pauw, *SALJ* 93, p. 395–400.

151 D. 13,1,5 (Paulus); D. 13,1,7,2 (Ulpianus); D. 47,1,1 *pr.* (Ulpianus); D. 12,2,13,2 (Ulpianus). Zie Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 75.

152 D. 13,1,9 (Ulpianus). Zie Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 88.

Bedürfnis und die Möglichkeit der Condictio [de *condictio furtiva*] ist nach allgemeinen Regeln dadurch bedingt, daß der Beklagte nicht mehr die Sache selbst besitzt, weil außerdem die Vindication ausreicht, und das dare, als Gegenstand der Condictio, unmöglich ist.¹⁵³ Wolfram Pika beschrijft de opvatting van Savigny aldus: ‘Savigny is der Ansicht, ein Bedürfnis für die *condictio* habe nur dort bestanden, wo die *rei vindicatio* nicht mehr möglich gewesen sei.’¹⁵⁴ Dit is echter niet precies de opvatting van Savigny. Savigny schrijft immers: ‘Da es nun sehr billig ist, den Bestohlenen, dem Diebe gegenüber, von dieser Verlegenheit und Gefahr zu befreien, so ist für diesen Fall, ausnahmsweise, die Condictio gestattet worden, auch wenn die Sache noch vorhanden ist, so daß deshalb auch die Vindication möglich gewesen wäre.’¹⁵⁵ Het ging dus, zo zag Savigny in, niet om het wegvallen van de *rei vindicatio*, maar om de mogelijkheid dat de dief de eigendom van de gestolen zaak ‘noch jetzt augenblicklich’ door vermenging teniet deed gaan, en zo de eiser met zijn verkeerd gekozen *rei vindicatio* frustreerde. De behoefte aan de *condictio furtiva* was gelegen in het vermijden van dit risico, niet in de situatie dat aan de eiser al duidelijk was dat dit risico zich had gerealiseerd.

De bestolene had de *condictio furtiva* dus reeds vóór het tenietgaan van de zaak tot zijn beschikking. Naarmate de onzekerheid over de vraag of de dief nog wel passief gelegitimeerd was tot de *rei vindicatio*, groter zal zijn geweest, zal hij vaker voor deze actie hebben gekozen. Samengevat kan een eiser zijn voordeel hebben gedaan met de *condictio furtiva*, zowel wanneer de gestolen zaak aan een derde was doorgeleverd als wanneer er onzekerheid bestond over de vraag of de dief nog passief was gelegitimeerd tot de *rei vindicatio*.

§ 2.3.4 Hoogte van de vergoeding

Vervolgens rijst de vraag of er een verschil bestond in de hoogte van de vergoeding die de eigenaar op grond van de *rei vindicatio* dan wel de *condictio* kon verkrijgen. De *formula* van de *rei vindicatio* verplichtte de rechter om de waarde te bepalen die de zaak had op het moment van de veroordeling (*quanti ea res erit*),¹⁵⁶ terwijl de *formula* van de *condictio certae rei* de rechter opdroeg het moment van de *litis contestatio* in acht te nemen (*quanti ea res est*).¹⁵⁷

153 Savigny, *System V*, p. 553.

154 Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 109.

155 Savigny, *System V*, p. 553.

156 Zie Kaser/Hackl, *RZ*, p. 317, en de geciteerde *formula*, *supra*, n. 6.

157 Zie de *formula* van de *conditio certae rei*, *supra*, n. 24. Bij een *actio stricti iuris* diende steeds het moment van de *litis contestatio* in acht te worden genomen; zie D. 13,6,3,2 (Ulpianus). Deze conclusie zou evenwel in twijfel kunnen worden getrokken door D. 13,3,3 (Ulpianus), nu Ulpianus in deze tekst stelt dat het moment van de veroordeling (*condemnationis tempus*) bepalend is voor de maatstaf van aansprakelijkheid. Toch is er geen tegenspraak, omdat de *condemnatio* hier ook kan verwijzen naar het moment van de *litis contestatio* – het moment waarop de praetor een *iudex* aanwijst: de *condemnatio a praetore concepta*; zie Savigny, *System VI*, p. 216–21; Von Mayr, *Condictio*, p. 207.

Hoewel de waarde van de zaak dus in beide *formulae* centraal stond, verschildte de wijze waarop deze waarde moest worden bepaald. Tegenover de schattingseed die de eiser in de *rei vindicatio* moest afleggen en die kon uitmonden in een veroordeling voor een bedrag dat uitsteeg boven de werkelijke waarde van de zaak,¹⁵⁸ stond de objectieve marktwaarde van de zaak die door de rechter in de *condictio* moest worden vastgesteld.¹⁵⁹

Beschadiging van de zaak voor de litis contestatio

Een onderscheid tussen de wijze waarop de waarde van de zaak in beide acties berekend werd, treedt naar voren in het geval dat de litigieuze zaak was beschadigd in de periode voorafgaand aan de *litis contestatio*. Bij de *rei vindicatio* kwam deze schade niet voor vergoeding in aanmerking nu de gedaagde pas na de *litis contestatio* aansprakelijk was voor schade die de zaak door zijn schuld had opgelopen.¹⁶⁰ Een waardedaling die zich vóór de *litis contestatio* had voorgedaan kon weliswaar het voorwerp zijn van een afzonderlijke *actio ex lege Aquilia*,¹⁶¹ maar deze actie kende zijn eigen complicaties.¹⁶² Bij de *condictio certae rei* was de waarde van de zaak op het moment van de *litis contestatio* van belang, zodat ook hier slechts een waardedaling die zich daarna had voorgedaan, voor vergoeding in aanmerking kwam.¹⁶³ Een afwijking van deze regel vond echter plaats in het geval de gedaagde al voor de *litis contestatio* in verzuim was komen te verkeren: een waardedaling die zich tijdens het verzuim had voorgedaan, kwam voor rekening van de schuldenaar.¹⁶⁴ Nu de dief altijd in verzuim verkeerde, kwam schade die zich in de periode tussen de diefstal en de *litis contestatio* had voorgedaan bij de *condictio furtiva* altijd voor vergoeding in aanmerking.¹⁶⁵

Als de gestolen zaak teniet was gegaan, leidde de *formula* van de *condictio* tot niet minder dan drie ficties. Ten eerste was de dief sowieso niet in staat geweest om aan de eis tot eigendomsoverdracht (*si paret eum dare oportere*) te voldoen. Daarnaast zorgde de regel dat het verzuim de verbintenis bestendigde tot een voortgezette aansprakelijkheid, ook al was afgifte van de zaak niet langer mogelijk; ook het voortduren van een verplichting tot afgifte van een niet langer bestaande

158 Zie nader *infra*, n. 297.

159 Zie D. 13,3,4 (Gaius), waarin tevens is bepaald dat een waardedaling na de afgesproken dag van aflevering voor rekening van de schuldenaar komt.

160 D. 6,1,36,1 (Gaius); Kaser, *RP* I, p. 436, n. 50.

161 Zie het derde hoofdstuk van de *Lex Aquilia*; zie D. 9,2,27,5 (Ulpianus, *libro octavo decimo ad edictum*).

162 Zoals een streng causaliteits-vereiste; zie D. 9,2,11 (Ulpianus).

163 D. 46,3,33,1 (Julianus).

164 D. 13,3,3 (Ulpianus, *libro vicensimo septimo ad edictum*): '[...] et ideo, si quis post moram servum eluscatum dederit, nec liberari eum: quare ad tempus morae in his erit reducenda aestimatio.' Zie Savigny, *System* VI, p. 226–27; het gaat hier om 'eine mögliche Modification zum Vortheil des Klägers.'

165 Dit stelden reeds de *veteres*: D. 13,1,20 (Tryphoninus). Zie D. 13,1,8,1 (Ulpianus), *infra*, n. 171. Zie over dit voordeel van de *condictio furtiva*: Hitzig, *RE*, s.v. 'Furtum,' k. 397.

zaak, was dus fictief. En tot slot was de rechter volgens de *formula* in beginsel verplicht om de waarde van de zaak te bepalen ten tijde van de *litis contestatio* (*quanti ea res est*); nu de waardebepaling van de zaak plaats met referentie aan het moment van de diefstal, hield ook dit deel van de *formula* een fictie in.

Waardebepaling in de condictio furtiva

Een bijzonder kenmerk van de *condictio furtiva* was ook gelegen in een afwijking van de regel dat de objectieve marktwaarde van de gecondiceerde zaak van belang was. Paulus geeft een voorbeeld van een geval waarin van deze objectieve waarde kon worden afgeweken:

D. 13,1,3: 'Als een slaaf op grond van diefstal wordt gecondiceerd, dan is het zeker dat de *condictio* betrekking heeft op datgene wat voor de eiser van belang is, bijvoorbeeld als de slaaf als erfgenaam is benoemd en de eigenaar het gevaar loopt de erfenis te verliezen. Ook Julianus schrijft dit. Op dezelfde wijze stelt hij dat als [de eigenaar] een overleden slaaf condiceert, de waarde van de nalatenschap geëist kan worden.'¹⁶⁶

Bij de bepaling van de vergoeding waar de eiser in de *condictio furtiva* recht op had, diende de rechter volgens Paulus niet alleen de waarde van de zaak in aanmerking te nemen, maar ook het belang van de eiser bij de zaak (*quod intersit agentis*).¹⁶⁷ Hierin komt het bijzondere karakter van de *condictio furtiva* naar voren. De dief was, zo blijkt uit deze tekst, niet alleen aansprakelijk voor een waardedaling die zich na de diefstal had voorgedaan, maar ook voor een gederfde winst: een waardestijging die zich niet had gematerialiseerd (*lucrum cessans*).¹⁶⁸ Paulus noemt het geval waarin de gestolen slaaf als erfgenaam was benoemd. De slaaf kon deze erfenis slechts aanvaarden in opdracht van de eigenaar.¹⁶⁹ Wanneer de slaaf was komen te overlijden, ging de erfenis aan de eigenaar voorbij. De voormalige eigenaar kon daarom ook de waarde van de erfenis, de *pretium hereditatis*, in zijn *condictio* betrekken.¹⁷⁰ Wat betreft het tijdstip waarop de waarde van de gestolen zaak moest worden vastgesteld, stelt Ulpianus dat het moment waarop de zaak de hoogste waarde vertegenwoordigde, in aanmerking moet worden genomen:

166 D. 13,1,3 (Paulus, *libro nono ad Sabinum*): 'Si condicatur servus ex causa furtiva, id venire in conditionem certum est quod intersit agentis, veluti si heres sit institutus et periculum subeat dominus hereditatis perdendae. Quod et Iulianus scribit. Item si mortuum hominem condicat, consecuturum ait pretium hereditatis.'

167 In die zin stelt Medicus, *Id quod interest*, p. 263, dat 'Interesse' in deze tekst duidt op 'eine gewisse Großzügigkeit' bij de berekening van de waarde van de zaak.

168 Zie hierover Kaser, *Quanti ea res est*, p. 120; Zimmermann, *Obligations*, p. 942, n. 160; Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 103.

169 D. 41,1,10,1 (Gaius, *libro secundo institutionum*): '[...] Ideoque si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest [...].'

170 In deze zin: D. 47,2,52,28 (Ulpianus), *infra*, n. 174. Deze erfenis diende ook in de *rei vindicatio* te worden betrokken; zie D. 6,1,20 (Gaius).

D. 13,1,8,1: 'Als een zaak op grond van diefstal wordt gecondiceerd, rijst de vraag naar het moment waarop de schatting moet worden vastgesteld. Men moet het moment in aanmerking nemen, waarop de zaak het meeste waard was, temeer daar een dief zich niet kan bevrijden door een in waarde verminderde zaak terug te geven: een dief wordt immers geacht altijd in verzuim te zijn.'¹⁷¹

Deze tekst is afkomstig uit Ulpianus' 27^e boek op het Edict en volgt direct op D. 13,3,3, de tekst waarin Ulpianus stelt dat bij de *condictio certae rei* de waarde van de gecondiceerde zaak werd bepaald op het moment van het intreden van het verzuim (*tempus morae*).¹⁷² Bij de *condictio furtiva* werd echter de hoogste waarde in aanmerking genomen (*id tempus, quo res umquam plurimi fuit*), zo volgt uit deze tekst. De volgorde van beide teksten laat zien dat Ulpianus de vergoeding bij de *condictio furtiva* als uitzondering beschouwt op de normale regels van de *condictio certae rei*. In het geval van de erfenis die ten behoeve van de slaaf was opengevallen, zou deze (gemiste) waardestijging, op grond van de hoofdregel van de *condictio certae rei*, niet voor vergoeding in aanmerking komen, nu deze zich immers na het intreden van het verzuim, het moment waarop de zaak gestolen werd, had voorgedaan. Het bijzondere kenmerk van de *condictio furtiva* was gelegen in het feit dat ook met een waardestijging die zich na het intreden van het verzuim had voorgedaan, rekening werd gehouden. Ook als de waardestijging op het moment van de *litis contestatio* inmiddels weer ongedaan was gemaakt, bijvoorbeeld door het overlijden van de slaaf, kwam deze schade voor rekening van de dief, zo volgt uit Ulpianus' verwijzing naar het moment dat de zaak 'het meest waard was.' Als alleen het moment van het intreden van het verzuim van belang zou zijn, zoals uit de hoofdregel volgt, zou de eiser deze waardestijging mislopen.¹⁷³ Enige twijfel die nog mocht bestaan over de vraag of deze waardestijging inderdaad voor vergoeding in aanmerking kwam, wordt weggenomen door deze tekst van Ulpianus die deze uitkomst – zowel voor de poenale *actio furti* als voor de *condictio furtiva* – bevestigt:

171 D. 13,1,8,1 (Ulpianus, *libro vicensimo septimo ad edictum*): 'Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriore rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.'

172 D. 13,3,3 (Ulpianus), *supra*, n. 164; Lenel, *Pal.* II, k. 575 (Ulpianus 780–81). Deze regel gaf volgens Savigny, *System* VI, p. 227, de keuze aan de schuldeiser om de waardebepaling ofwel op het moment van het intreden van het verzuim (*tempus morae*) te laten plaatsvinden, ofwel op het moment van de *litis contestatio*. Een hogere waarde in de tussengelegen periode zou niet voor vergoeding in aanmerking komen. Een echt keuzerecht lijkt echter uit D. 13,3,3 niet te volgen. Ulpianus stelt dat de waardebepaling plaatsvindt op het moment van het intreden van het verzuim; daaruit volgt dat een waardedaling nadien voor rekening van de schuldenaar komt, maar een gemiste waardestijging niet.

173 Anders, ten onrechte, Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 137, die stelt dat de dief in verzuim raakte op het voor de eiser meest gunstige moment. Deze stelling impliceert dat de dief vóór dat moment niet in verzuim was. De dief raakte evenwel direct, op het moment van de diefstal, in verzuim.

D. 47,2,52,28: 'Als een gestolen slaaf als erfgenaam was benoemd, dan maakt de eiser in het geding over de diefstal ook aanspraak op de waarde van de erfenis, ook wanneer de slaaf was gestorven, nog voordat hij gehoor had gegeven aan het bevel van de eigenaar. Met de *condictio* kan in geval van overlijden hetzelfde worden gevorderd.'¹⁷⁴

Ulpianus stelt dat de waarde van de misgelopen erfenis bij zowel de *actio furti* als de *condictio furtiva* kon worden opgevorderd. Ondanks zijn eenvormige *formula* bood de *condictio* dus de mogelijkheid om in verschillende gevallen tot verschillende vergoedingen te komen – en in dit geval zelfs tot een vergoeding voor gederfde winst.

Actio ex lege Aquilia en condictio in D. 47,1,2,3 (Ulpianus)

Het standpunt dat de eiser in de *condictio furtiva* recht had op de hoogste waarde die de gestolen zaak sinds de diefstal had gehad, lijkt evenwel in twijfel te worden getrokken door een andere tekst waarin Ulpianus het verschil tussen de *actio ex lege Aquilia* en de *condictio furtiva* bespreekt:

D. 47,1,2,3: 'Als op grond van diefstal is gecondiceerd, rijst de vraag of het nog steeds mogelijk is om op grond van de *lex Aquilia* te procederen. En Pomponius heeft geschreven dat dit kan, omdat de *lex Aquilia* tot een andere schatting aanleiding geeft dan de *condictio furtiva*: want de schatting op grond van de *lex Aquilia* houdt de hoogste waarde in die [de zaak] in een jaar heeft gehad, maar bij de *condictio furtiva* wordt niet verder teruggegaan dan het moment van de *litis contestatio*.'¹⁷⁵

Deze tekst behandelt de acties van een eigenaar wiens slaaf was gestolen en gedood. Op deze situatie was het eerste hoofdstuk van de *lex Aquilia* van toepassing dat handelde over gedode slaven en gedood vee.¹⁷⁶ De gemengd poenaal-reïpersecutoire¹⁷⁷ *actio ex lege Aquilia* cumuleerde met de *actio furti*.¹⁷⁸ De vraag rees vervolgens naar de samenloop met de *condictio*: was

174 D. 47,2,52,28 (Ulpianus, *libro trigensimo septimo ad edictum*): 'Si servus subreptus heres institutus fuerit, furti iudicio actor consequetur etiam pretium hereditatis, si modo servus, antequam iussu domini adeat, mortuus fuerit. Condicendo quoque mortuum idem consequetur.'

175 D. 47,1,2,3 (Ulpianus, *libro quadragensimo tertio ad Sabinum*): 'Quaesitum est, si conductus fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum iudicii accipiendi tempus. [...]'

176 D. 9,2,2 *pr.* (Gaius, *libro septimo ad edictum provinciale*); zie Zimmermann, *Obligations*, p. 953, 961. Dat het hier om een gedode slaaf gaat, blijkt het feit dat Ulpianus verwijst naar de regel dat de hoogste waarde in het jaar voorafgaand aan het doden van de slaaf van belang was, welke regel onderdeel uitmaakte van het eerste hoofdstuk van de *Lex Aquilia*.

177 Zimmermann, *Obligations*, p. 970.

178 D. 47,1,2,1 (Ulpianus).

de *actio ex lege Aquilia* nog van toepassing, wanneer de eiser eerder op grond van de *condictio furtiva* had geageerd? Ulpianus schrijft, onder verwijzing naar Pomponius, dat dit het geval was omdat de *actio ex lege Aquilia* recht kon geven op een hogere vergoeding dan de *condictio furtiva*. Bij de *actio ex lege Aquilia* werd de hoogste waarde in acht genomen die de zaak in het jaar voorafgaand aan het geding had gehad. In het feit dat deze waarde kon uitstijgen boven de waarde op het moment van het overlijden van de slaaf, was het poenale karakter van deze actie gelegen.¹⁷⁹ Ulpianus stelt dat in de *condictio* het moment van de *litis contestatio* bepalend was voor de hoogte van de vergoeding.¹⁸⁰ Deze tekst lijkt daarom in tegenspraak te zijn met de regel dat niet het moment van de *litis contestatio* bij de *condictio furtiva* in aanmerking moest worden genomen, maar het eerdere moment van het intreden van het verzuim (de diefstal zelf).¹⁸¹ Vanwege deze schijnbare tegenspraak is het vermoeden geuit dat D. 47,1,2,3 zou zijn geïnterpoleerd: Ulpianus zou niet de bedoeling hebben gehad om te verwijzen naar het moment van de *litis contestatio* (*iudicii accipiendi tempus*), als het moment dat voor de waardebepaling in de *condictio* van belang was, maar naar het moment van de diefstal (*tempus furti faciendi*).¹⁸² Inderdaad is het zo dat de waarde van de gestolen zaak na de diefstal kon zijn gedaald – nu de slaaf was gedood vóór de *litis contestatio* in de *condictio furtiva*, was dit zeker het geval. Een veroordeling met referentie aan de waarde ten tijde van de *litis contestatio* zou daarom zinloos zijn. Toch dient deze theorie te worden verworpen. Ulpianus kan inderdaad niet gesteld hebben dat de waarde die de zaak op het moment van de *litis contestatio* had, ook in dit geval beslissend was. De verwijzing naar de *litis contestatio* kan echter worden begrepen met het oog op het scheppen van een contrast tussen enerzijds de *hoofdregel* van de *condictio*, waarbij de *litis contestatio* in beginsel het aanknopingspunt was om de waarde te bepalen, en anderzijds de hogere vergoeding waar een *actio ex lege Aquilia* toe leidde wanneer de gestolen zaak in het jaar voorafgaand aan de diefstal in waarde was gedaald. Het vermoeden van interpolatie is daarom niet gerechtvaardigd.

Bij de *condictio furtiva* kwam de hoogste waarde na de diefstal voor vergoeding in aanmerking, maar het is goed mogelijk dat deze hogere waarde eveneens in de *rei vindicatio* werd vergoed, nu de schattingseid de eiser in staat stelde te bepalen wat de zaak hem waard was.¹⁸³ Op de vraag of een eiser er, wat betreft de vergoeding die hij tegemoet kon zien, verstandig aan deed om met de *condictio furtiva* of de *rei vindicatio* te procederen, kan daarom geen eenduidig antwoord worden gegeven.

179 Zimmermann, *Obligations*, p. 975.

180 Ulpianus doelt met 'het ontvangen van het geding' (*iudicium accipere*) op het moment van de *litis contestatio*; zie Kaser, SZ 84, p. 7; Kaser/Hackl, RZ, p. 290.

181 D. 13,1,8,1 (Ulpianus), *supra*, n. 171.

182 In die zin: Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 137; Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 114.

183 Zie nader, *infra*, n. 297.

§ 2.3.5 Bewijslast

De vraag rijst vervolgens of de *condictio furtiva* zich gunstig van de *rei vindicatio* onderscheidde vanwege een lichtere bewijslast. De eigenaar was actief gelegitimeerd tot de *rei vindicatio*,¹⁸⁴ net zoals hij actief gelegitimeerd was tot de *condictio furtiva*, en op het eerste gezicht lijkt de bewijslast van beide acties daarom ook identiek te zijn geweest. Bij nader inzien diende de eiser bij de *rei vindicatio*, noch bij de *condictio* bewijs te leveren dat hij het beste recht op de zaak had. Uitgangspunt van elke actie was dat degene die de stelplicht van een bepaald feit had, daarvan ook de bewijslast droeg,¹⁸⁵ maar hoe de rechter in de praktijk gebruik maakte van zijn vrijheid de bewijslast tussen de partijen te verdelen, was een feitelijke aangelegenheid, een *quaestio facti*, waarover geen bronnen overgeleverd zijn.¹⁸⁶ Het ligt in de rede dat de bewijslast kon afwijken van de verdeling van de stelplicht, die op grond van het in de *formula* neergelegde procesprogramma vaststond,¹⁸⁷ maar over de zwaarte van de bewijslast in de *rei vindicatio* en de *condictio* kunnen niet met zekerheid uitspraken worden gedaan.¹⁸⁸

De *formulae* van beide acties duiden echter op een verschil in bewijslast. De eiser in de *rei vindicatio* kon aan zijn bewijsopdracht voldoen door aan te tonen dat hij de zaak zelf op originele wijze in eigendom had verkregen of dat hij zijn recht afleidde van een rechtsvoorganger die de zaak op originele wijze had verkregen.¹⁸⁹ Regelmatig zal hij hierbij een beroep hebben gedaan op eigendomsverkrijging op grond van verkrijgende verjaring (*usucapio*). De vraag rijst of de eiser daarbij niet alleen diende te bewijzen dat hij de zaak op grond van een geldige titel in bezit had gekregen en gehouden gedurende de voor verkrijgende verjaring gestelde termijn,¹⁹⁰ maar ook dat de zaak vatbaar was voor verkrijgende verjaring. Een *res furtiva* was niet voor verkrijgende verjaring vatbaar, zodat, wanneer de eiser alle bestanddelen van de verkrijgende verjaring diende te bewijzen, hij in principe ook zou moeten bewijzen dat de zaak nooit was gestolen zonder te zijn teruggekeerd bij de eigenaar.¹⁹¹

184 Dit blijkt uit de *formula* van de *rei vindicatio*, *supra*, n. 6; zie ook G. 4,92. Zie ook Kiefner, SZ 81, p. 213; Kaser, SZ 78, p. 194, n. 66.

185 D. 22,3,2 (Paulus, *libro sexagesimo nono ad edictum*): 'Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.'

186 Kaser, SZ 71, p. 221, 228.

187 Kiefner, SZ 81, p. 224–25.

188 Volgens Levy, IVRA 3, p. 170, is de regel uit de geciteerde tekst van Paulus slechts één van de vele gezichtspunten die de rechter bij de verdeling van de bewijslast in aanmerking zal hebben genomen.

189 In het geval van een door *mancipatio* overgedragen *res Mancipi*, was de rechtsvoorganger van de eiser verplicht hem in het proces bij te staan; Kaser, SZ 78, p. 177.

190 Indien hij deze termijn nog niet had voltooid, kon hij gebruik maken van de *actio Publiciana*, een zakelijke actie met de fictie dat deze termijn was voltooid; zie Lenel, EP, p. 171.

191 *Supra*, n. 148.

Het bewijs dat alle voorgaande bezitsverkrijgingen vrij van diefstal waren geweest was praktisch niet te leveren. Dit zou het doel van de *usucapio* – het elimineren van onzekerheid omtrent de eigendom¹⁹² – ondermijnen. De eiser kon om die reden met de *rei vindicatio* slagen, niet omdat hij het beste recht op de zaak had, maar omdat hij een beter recht had dan de gedaagde.¹⁹³

Met betrekking tot de *rei vindicatio* van munten vermoedt Kaser dat het eigendomsbewijs geleverd werd geacht wanneer de eiser het vroegere *bezit* van de munten bewees en bovendien aantoonde dat de gedaagde de munten niet in eigendom had verkregen, hetgeen hij kon doen door te wijzen op de ongeldigheid van de titel.¹⁹⁴ Voor deze bewijsrechtelijke regeling,¹⁹⁵ bestaan echter geen bronnen; en het blijft ook de vraag waarom deze beperkt zou zijn gebleven tot de *rei vindicatio* van munten en niet van toepassing zou zijn geweest op overige zaken.¹⁹⁶

Waar de *rei vindicatio* ter beschikking stond aan de eigenaar, verlangde de *condictio* het bestaan van een op de gedaagde rustende verplichting om iets te geven. Bij de *condictio furtiva* was deze verplichting door diefstal ontstaan en het ligt voor de hand dat de eiser aan zijn bewijsopdracht had voldaan als hij kon bewijzen dat hij door de gedaagde bestolen was.¹⁹⁷ Dit wordt in twijfel getrokken door de volgende tekst:

D. 13,1,1: ‘Met betrekking tot gestolen zaken komt de *condictio* slechts aan de eigenaar toe.’¹⁹⁸

Uit het feit dat de *condictio furtiva* ‘alleen aan de eigenaar’ ter beschikking werd gesteld, lijkt te volgen dat van de eiser in de *condictio furtiva* hetzelfde eigendomsbewijs werd verlangd als bij de *rei vindicatio*. Inderdaad kwam de *condictio furtiva*, wanneer een zaak onder een houder was gestolen, toe aan de eigenaar.¹⁹⁹ Toch was de eigenaar niet op gelijke voet actief gelegitimeerd tot de *rei vindicatio* als tot de *condictio*.²⁰⁰ Niet alleen kwam de *condictio furtiva*

192 D. 41,3,1 (Gaius).

193 In deze zin: Wubbe, *Res aliena pignori data*, p. 29; Kaser, SZ 78, p. 194–95.

194 Cf. D. 12,1,18 *pr.*

195 Men vergelijk de huidige Nederlandse jurisprudentiële regel die de bewijslast van de eiser in de *rei vindicatio* beheerst, zie § 5.6.6, *infra*, p. 251.

196 Kaser, *TvR* 29, p. 179.

197 In deze zin: Von Mayr, *Condictio*, p. 390.

198 D. 13,1,1 (Ulpianus, *libro octavo decimo ad Sabinum*): ‘In furtiva re soli domino condictio competit.’

199 De bruiklener had de *actio furti*, de *condictio furtiva* kwam aan de eigenaar toe; zie D. 47,2,14,16 (Ulpianus).

200 Ook volgens Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 36, laat de *formula* van de *condictio* de eigendoms kwestie in het middel, en bevat D. 13,1,1 ‘kein Dogma, sondern [...] eine griffige Schulregel,’ die de afbakening met de actieve legitimatie tot de *actio furti* ten doel had. Anders: Kiefner, SZ 81, p. 219, n. 33 en p. 230, n. 80.

bij uitzondering aan een niet-eigenaar toe, zoals de pandhouder als zakelijk gerechtigde,²⁰¹ maar deze actie vond juist zijn belangrijkste toepassing in het geval de gestolen zaak niet meer bestond.²⁰² Het verweer van de dief dat de zaak teniet was gegaan – een verweer dat bij de *rei vindicatio* per definitie succesvol was²⁰³ – zal bij de *condictio furtiva* dus niet zijn geslaagd.²⁰⁴ Hieruit volgt dat de bewijslast in de *rei vindicatio* niet aan die in de *condictio furtiva* gelijk kan zijn geweest. Nu zou men kunnen zeggen dat de eiser bij de *condictio furtiva* zou hebben moeten bewijzen dat hij eigenaar was geweest ten tijde van de diefstal. Dit zou een bewijs van eigendom in het verleden zijn geweest, terwijl het er bij de *rei vindicatio* om ging dat hij ten processe, ten overstaan van de *iudex*, bewees eigenaar te zijn van de zaak. Dit zou een verschil opleveren tussen het bewijs van eigendom in de *condictio furtiva* en in de *rei vindicatio*.²⁰⁵ De vraag rijst of dit verschil van invloed was op de zwaarte van de bewijslast van beide acties. Ook in de *rei vindicatio* zal de eiser immers aan zijn bewijsopdracht hebben kunnen voldoen als hij had kunnen bewijzen eigenaar te zijn geweest op het moment van de diefstal,²⁰⁶ dat de zaak door de gedaagde van hem was gestolen, en deze de zaak bezat. Het verschil met de *condictio* was gelegen in het feit dat het bij de *rei vindicatio* essentieel was dat de zaak zich onder de gedaagde bevond.

Uit het voorgaande volgt dat het voordeel van de *condictio furtiva* ten opzichte van de *rei vindicatio* met name was gelegen in het feit dat de *condictio furtiva* beschikbaar bleef wanneer de gestolen zaak was tenietgegaan. Als gevolg daarvan hoefde de eiser, anders dan bij de *rei vindicatio*, de onzekerheid over de vraag of de zaak bij de dief voorhanden was, niet eerst met een *actio ad exhibendum* weg te nemen.

201 D. 13,1,12,2 (Ulpianus, *libro trigensimo octavo ad edictum*); hierover Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 36, 71. Hier was sprake van een *condictio incerti*; het ging om het belang dat de pandhouder bij het bezit van de zaak had, niet om de objectieve waarde van de zaak zelf.

202 D. 13,1,7,2 en D. 13,1,20, *supra*, n. 144. Ook wanneer de bestolene zijn eigendom buiten zijn schuld verloor, behield hij de *condictio furtiva*; zie D. 13,1,12 *pr.* (Ulpianus, *libro vicensimo octavo ad edictum*).

203 Althans in het klassieke Romeinse recht, toen nog niet de Justiniaanse regel gold dat degene die zich doleus van het bezit had ontdaan (*qui dolo desiit possidere*) niet van aansprakelijkheid op grond van de *rei vindicatio* was ontslagen; zie Kaser, *RP II*, p. 295.

204 Slechts wanneer de eigenaar zijn recht door eigen toedoen verloor, was hij niet langer actief gelegitimeerd tot de *condictio furtiva*; zie D. 13,1,10,2, *infra*, n. 304.

205 Buckland, *Roman law*, p. 583, stelt dat de eiser vanwege dit (vermeende) bewijsrechtelijke voordeel in het algemeen van de *condictio furtiva*, en niet van de *rei vindicatio* gebruik zal hebben gemaakt.

206 Cf. D. 50,17,11 (Pomponius, *libro quinto ad Sabinum*): ‘Id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferri non potest.’

§ 2.4 PROCESRECHT

§ 2.4.1 Inleiding

De vraag rijst hoe de samenloop tussen de *condictio furtiva* en de *rei vindicatio* in het procesrecht werd opgelost. Stonden beide acties in een cumulatieve of in een alternatieve verhouding?²⁰⁷ In deze paragraaf wordt ten eerste de werking van de procesconsumptie behandeld (§ 2.4.2). Vervolgens rijst de vraag wat precies de grondslag is van een actie, de *causa actionis*; deze is immers bepalend voor de vraag of zich procesconsumptie voordoet (§ 2.4.3). Tot slot komt een tekst van Pomponius aan de orde waarin de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* vanuit een procesrechtelijk perspectief wordt uitgewerkt (§ 2.4.4).

§ 2.4.2 Procesconsumptie

Bij vragen van samenloop staat het beginsel centraal dat het niet geoorloofd is om over 'dezelfde zaak' tweemaal te procederen: *bis de eadem re agere non licet*. Dit adagium is in de juridische geschriften van het civiele Romeinse recht niet als zodanig verwoord,²⁰⁸ maar volgens Mommsens reconstructie van de *Lex Acilia repetundarum* (122 v.Chr.) zou de regel in het strafrecht gebruikt zijn.²⁰⁹ Bovendien is de regel door de Romeinse retorici besproken,²¹⁰ die hem hadden ontleend aan de Griekse retorica.²¹¹ Hoewel deze regel geen beschrijving van het Romeinse civiele recht geeft,²¹² biedt deze een goed startpunt voor vraagstukken van civielrechtelijke samenloop. Ook in het civiele recht werd een tweede proces over dezelfde zaak immers onwenselijk geacht.²¹³ De vraag of zich in het civiele recht procesconsumptie voordeed, waardoor een tweede proces over 'dezelfde zaak' kon worden voorkomen, was afhankelijk van de betekenis van het begrip 'dezelfde zaak' (*eadem res*).

207 Zie voor deze termen, § 1.3, *supra*, p. 4.

208 Levy, *Konkurrenz* I, p. 49; Liebs, SZ 84, p. 106.

209 Bruns, *Fontes* I, nr. 10.56: 'de eadem re ne bis agatur.' Dit wordt echter betwijfeld door Liebs, SZ 84, p. 108, n. 17, 125.

210 Quintilianus, *Institutio oratoria*, 7,6,4: 'bis de eadem re ne sit actio'; *Declamationes minores*, 266: 'bis de eadem re agere ne liceat.' Ook in deze laatste *declamatio* is de context een strafrechtelijke, waarbij een verrader in ballingschap is gestuurd op grond van een veroordeling door 'de burgerij' en de vraag rijst of over deze zaak na terugkomst van de verrader uit ballingschap opnieuw kan worden geprocedeerd.

211 Liebs, SZ 84, p. 108 sq.

212 Liebs, SZ 84, p. 122.

213 Over de achtergrond van dit beginsel: Levy, *Konkurrenz* I, p. 49; Liebs, SZ 84, p. 104 sq.; Kaser/Hackl, RZ, p. 303; Van Hattum, *Non bis in idem*, p. 22–25.

Het instellen van een persoonlijke actie in een wettelijke procedure²¹⁴ had tot gevolg dat zich procesconsumptie voerde. De verbintenis die aan de actie ten grondslag lag, kwam van rechtswege te vervallen op het moment van de *litis contestatio*.²¹⁵ Een tweede actie op grond van dezelfde verbintenis was daarom van rechtswege (*ipso iure*) uitgesloten:

G. 4,107: 'Als bij een wettelijk geding een persoonlijke actie is ingesteld waarbij in de *formula* een civielrechtelijke *intentio* is opgenomen, is het daarna van rechtswege niet meer mogelijk om over dezelfde zaak te ageren, en daarom is een verweermiddel overbodig. [...]'²¹⁶

Procesconsumptie deed zich soms krachtens een verweermiddel (*ope exceptionis*) voor. Zo ging de grondslag van de *rei vindicatio*, anders dan bij een contractuele actie, niet teniet door de werking van de *litis contestatio*.²¹⁷ De eiser bleef eigenaar van de zaak die hij opeiste. Wanneer de eiser in de *rei vindicatio* de fase *in iure* had afgesloten, kon de bezitter een tweede proces voorkomen door een verzoek aan de praetor te richten tot opname in het procesformulier van het 'verweermiddel van het reeds beslechte of aanhangig gemaakte geding' (de *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*):²¹⁸

G. 4,107 (vervolg): '[...] als echter ofwel met een zakelijke actie ofwel *in factum* is geageerd, is niet van rechtswege de mogelijkheid vervallen om later opnieuw te ageren, en met dit doel is het verweermiddel van het reeds beslechte of aanhangig gemaakte geding noodzakelijk.'²¹⁹

Of zich procesconsumptie voerde, van rechtswege dan wel door de werking van een exceptie, was steeds afhankelijk van de vraag of twee acties betrekking hadden op 'dezelfde zaak' (*eadem res*). De vraag of sprake was van *eadem res* was vervolgens afhankelijk van de voorwaarden dat beide acties hetzelfde doel dienden en dezelfde grondslag hadden.

Deze voorwaarden volgen uit twee teksten van Paulus en Neratius. Volgens Paulus werd de *exceptio rei iudicatae* toegekend als aan drie voorwaarden was voldaan. Een tweede actie diende hetzelfde doel na te streven als een eerdere

214 Een wettelijke procedure (*iudicium legitimum*) vond tussen Romeinse burgers voor een enkelvoudige rechter plaats in of binnen één mijl van Rome; zie G. 4,104.

215 G. 3,180.

216 G. 4,107: 'Si uero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris ciuilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est. [...]' Zie ook eerste helft van G. 3,181, waar Gaius uitlegt dat een tweede proces was uitgesloten omdat de verbintenis na de *litis contestatio* niet langer bestond.

217 Levy, *Konkurrenz* I, p. 51–52; Liebs, *SZ* 86, p. 181; Zwölve, *Denegatio actionis*, p. 7–8; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 303.

218 Lenel, *EP*, p. 506.

219 G. 4,107: '[...] si uero uel in rem uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae uel in iudicium deductae.' Ook bij de procedure die op ambtelijke competentie berustte (het *iudicium imperium continens*, zie G. 4,105) was een *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* noodzakelijk, zie G. 4,106.

actie (*idem corpus*), dezelfde grondslag te hebben (*eadem causa petendi*), en tussen dezelfde partijen aanhangig te worden gemaakt (*eadem condicio personarum*).²²⁰ Neratius stelt dat bij het *eadem res*-vereiste onderzocht moet worden of het proces tussen dezelfde personen wordt gevoerd (*personae*), of hetgeen waarover geprocedeerd wordt 'hetzelfde' is als in een eerder proces (*id ipsum de quo agitur*), en wat de directe grond is voor de actie (*causa proxima actionis*).²²¹ De voorwaarden die Paulus en Neratius stellen zijn equivalent: er was sprake van 'dezelfde zaak' (*eadem res*) wanneer beide acties hetzelfde doel dienden (*idem corpus; id ipsum de quo agitur*), en dezelfde grondslag hadden (*eadem causa petendi; causa proxima actionis*).²²² De voorwaarde dat dezelfde personen actief en passief tot beide acties moesten zijn gelegitimeerd, werd in de praktijk achterwege gelaten, zodat er ook in de situatie waarin acties tegen meer personen ter beschikking stonden, sprake kon zijn van 'dezelfde zaak' (*eadem res*).²²³ Een actie die in één rechtsverhouding aanhangig was gemaakt, kon zo een actie in een rechtsverhouding met een andere eiser of een andere gedaagde voorkomen.²²⁴

De lakmoesproef voor het oordeel dat twee acties op 'dezelfde zaak' betrekking hadden, was gelegen in de vraag of directe procesconsumptie optrad, hetzij van rechtswege, hetzij door middel van een verweermiddel. In het geval van samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* deed zich geen directe procesconsumptie voor, zo stelt Paulus:

D. 44,2,31: 'Paulus antwoordde dat aan degene die een zakelijke actie instelde, maar het proces niet had gewonnen, later bij het instellen van de *condictio* niet de *exceptio rei iudicatae* kan worden tegengeworpen.'²²⁵

Paulus stelt dat een gedaagde die in de *rei vindicatio* was vrijgesproken en vervolgens met de *condictio* werd aangesproken, deze actie niet met een *exceptio rei iudicatae* kan afweren. Directe procesconsumptie tussen beide acties was immers uitgesloten. Ook al hadden beide acties hetzelfde reïper-

220 D. 44,2,12; 44,2,14 pr. (Paulus, *libro septuagensimo ad edictum*).

221 D. 44,2,27 (Neratius, *libro septimo membranarum*). De tekst van Neratius heeft een ruimere toepassing dan die van Paulus, omdat Paulus slechts spreekt van procesconsumptie door de werking van een verweermiddel, terwijl Neratius spreekt van procesconsumptie in het algemeen, ook wanneer deze zich van rechtswege voordoet.

222 Levy, *Konkurrenz* I, p. 78. Ten onrechte stelt d'Ors, *RIDA* 12, p. 463, dat de vraag of er sprake was van *eadem res* slechts afhing van het gemeenschappelijke doel. Zo komt hij tot de conclusie dat tussen *rei vindicatio* en *condictio* procesconsumptie bestond. Niet alleen het doel, maar ook de grondslag (*causa actionis*) van een actie bepaalde echter of er sprake was van *eadem res*.

223 Savigny, *System* V, p. 206; Levy, *Konkurrenz* I, p. 77; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 303.

224 Men denke bijvoorbeeld aan de rechtsverhouding tussen een schuldeiser en de hoofdschuldenaar enerzijds en die tussen de schuldeiser en een borg anderzijds. Beide rechtsverhoudingen hadden dezelfde schuld als voorwerp, zodat het bereiken van de *litis contestatio* in één van beide rechtsverhoudingen een proces in de andere rechtsverhouding van rechtswege onmogelijk maakte.

225 D. 44,2,31 (Paulus, *libro tertio responsorum*): 'Paulus respondit ei, qui in rem egisset nec tenuisset, postea condicenti non obstare exceptionem rei iudicatae.'

secutoire doel,²²⁶ de grondslag van de *rei vindicatio* – de *causa petendi* (volgens de definitie van Paulus) of de *causa proxima actionis* (volgens die van Neratius) – verschilde van die van de *condictio*. Beide acties hadden daarmee betrekking op een verschillende zaak: er was sprake van *alia res*. Zoals uit een hierna te bespreken tekst van Pomponius blijkt,²²⁷ was deze conclusie niet anders als de *rei vindicatio* wél tot een veroordeling had geleid. Alvorens nader op die tekst in te gaan, zal de grondslag van de *condictio*, de *causa actionis*, worden onderzocht.

§ 2.4.3 Excurs: de *causa actionis* van de *condictio*

De Romeinse juristen hebben geen definitie van de grondslag, ofwel *causa actionis*, van de *condictio* gegeven. Nu het woord *causa* in uiteenlopende betekenissen is gebruikt, rijst de vraag wat ‘de’ *causa* van de *condictio* precies inhoudt.²²⁸ Als *causa* die aan alle *condictiones* gemeenschappelijk zou zijn, is in de literatuur gewezen op verschillende ‘beginselen,’ zoals het beginsel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken,²²⁹ het ontbreken van een rechtsgrond voor het behouden van een zaak (de afwezigheid van een *causa retinendi*),²³⁰ of op de natuurlijke billijkheid (*naturalis aequitas*).²³¹ Als *causa* van de *condictio* zou men in plaats van één leidend beginsel ook kunnen verwijzen naar de verschillende ontstaansgronden die

226 Reïpersecutoire acties waren, zoals Gaius stelt, gericht op ‘de zaak zelf’ (*rem ipsam*); zie G. 4,8, *supra*, n. 135, en D. 13,1,7,1, *supra*, n. 138.

227 Levy, *Konkurrenz* II, p. 90, n. 5, onderscheidt D. 44,2,31, waar sprake is van een *pronuntiatio contra petitem* (een vrijspraak), van D. 47,2,9,1, waarover § 2.4.4, *infra*, p. 57, waar sprake is van een *pronuntiatio secundum petitem* (een veroordeling).

228 Zie Hähnchen, *Die causa condictionis*, p. 18. Coninck Liefsting, *Themis* 32, p. 74, *Verbindtenissen uit overeenkomst*, p. 199, schrijft over de zoektocht naar de *causa* van de *condictio*: ‘Voor hem, die een algemeen karakter voor de condictie in het algemeen wilde vaststellen, scheen zij dikwijls eensklaps een geheel anderen vorm aan te nemen, om daaronder aan zijn zamenvattenden blik te ontglippen.’ Coninck Liefsting schreef als lid van de Leidse arrondissementsrechtbank en later raadsheer in de Hoge Raad tussen 1861 en 1871 in *Themis* vier omvangrijke stukken over de *condictio*; in 1890 verschenen deze stukken, in gebundelde en uitgebreide vorm, in het boek *Verbindtenissen uit overeenkomst*.

229 Dit beginsel is in het kader van deze bespreking van de *condictiones* in het klassieke Romeinse recht niet in het bijzonder van belang. Toch mag een verwijzing naar deze teksten, die in een groot deel van de studies over het verrijktingsrecht centraal staan, niet ontbreken: D. 50,17,206 (Pomponius, *libro nono ex variis lectionibus*): ‘Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletior.’ Nog ruimer is D. 12,6,14 (Pomponius, *libro vicensimo primo ad Sabinum*): ‘Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletior.’ Zie in de literatuur: Zimmermann, *Obligations*, p. 851–54; Hähnchen, *Die causa condictionis*, p. 58–61.

230 Schwarz, *Condictio*, p. 212 sq.; Simonius, *Fs. Lewald*, p. 165–66, die spreekt van het ontbreken van een *causa retentionis*. Deze theorie is nauw verbonden met de opvatting dat de *condictio sine causa* een overkoepelende functie had; zie Hähnchen, *Die causa condictionis*, p. 33, 99–109; Zimmermann, *Obligations*, p. 857.

231 D. 12,6,66 (Papinianus); Hähnchen, *Die causa condictionis*, p. 61–63, 88–99. Volgens Hähnchen, *Die causa condictionis*, p. 126, geldt er niet één principe voor elke toepassing van de *condictio*.

de basis voor deze actie vormden, zoals de onverschuldigde betaling, de *datio ob rem*, of diefstal.²³² Maar voor het klassieke Romeinse recht is deze benadering misleidend, omdat men uit het oog dreigt te verliezen dat er slechts twee uniforme *formulae* waren, voor geld en overige zaken, en er niet zoveel verschillende *condictiones* waren als rubrieken die in de Digesten aan de *condictiones* zijn gewijd. Hier gaat het om de definitie van de *causa actionis* van de *condictio* die van belang is voor de vraag of zich procesconsumptie met een andere actie voordeed.

De causa actionis van persoonlijke en zakelijke acties

In de uiteenzetting van Levy²³³ over de samenloop van acties is een belangrijke plaats weggelegd voor deze tekst waarin Paulus een onderscheid maakt tussen de *causa actionis* van persoonlijke en zakelijke acties:²³⁴

D. 44,2,14,2: 'Persoonlijke acties verschillen van zakelijke acties in die zin, dat wanneer dezelfde zaak door dezelfde persoon aan mij verschuldigd is, de afzonderlijke *causae* de afzonderlijke verbintenissen volgen, zonder dat door het eisen op grond van de ene *causa*, de andere *causa* teniet gaat. En wanneer ik met een zakelijke actie ageer, komt de *causa* op grond waarvan ik zeg dat de zaak van mij is, niet tot uitdrukking, omdat alle *causae* zich voegen naar één eis. Een zaak kan immers niet verschillende keren van mij zijn, maar wel meermaals aan mij verschuldigd zijn.'²³⁵

Paulus maakt een onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke acties. Elke afzonderlijke verbintenis levert een afzonderlijke grondslag van een afzonderlijke persoonlijke actie op – letterlijk: elke *causa* volgt een verbintenis (*singulas obligationes singulae causae sequuntur*). Ook wanneer verschillende ver-

232 Zie voor deze ontstaansgronden, *supra*, n. 59 sq.

233 Op het gebied van de Romeinsrechtelijke samenloop van 'Aktionen und Personen' is het werk van Ernst Levy (1881–1968) gezaghebbend; hij ving zijn werk aan voor de Eerste Wereldoorlog, maar publiceerde, na opgeroepen te zijn in het leger, de twee delen van *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht* pas in 1918 en 1922. Over deze vertraging merkt Levy in de inleiding van het eerste deel op: 'Auch hier hat der Krieg ein Machtwort gesprochen. Die Arbeit kam ins Stocken, bald ruhte sie ganz.' Veertig jaar later, in 1962 – Levy was inmiddels, na hoogleraar geweest te zijn Berlijn, Frankfurt am Main, Freiburg im Breisgau en Heidelberg, in 1936 naar de VS geëmigreerd – rondde hij het werk af met zijn *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*. Zie Kunkel, SZ 86, p. XIII sq.

234 Levy, *Konkurrenz* I, p. 80. Er zijn, zo stelt Levy op p. 115, helaas geen teksten waarin de rol van de *causa actionis* wordt uiteengezet in een geval waarin beide acties samenlopen. De geciteerde tekst van Paulus heeft niet op samenloop betrekking, en de hierna te bespreken tekst van Pomponius handelt niet over de *causa actionis*.

235 D. 44,2,14,2 (Paulus, *libro septuagensimo ad edictum*): 'Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur nec ulla earum alterius petitione vitatur: at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causae una petitione adprehenduntur. Neque enim amplius quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.'

bintenissen tot dezelfde prestatie verplichten, leidt elke verbintenis tot een eigen *causa actionis*. Een zaak kan op meer gronden aan iemand verschuldigd zijn – bijvoorbeeld op grond van koop, schenking en bruidsschat – maar slechts éénmaal aan iemand in eigendom toebehoren. Daarom stelt een eiser bij een zakelijke actie dat hem een zakelijk recht op een zaak toekomt, maar hóe hij dit recht heeft verkregen komt in deze eis niet tot uitdrukking, ook al is dit wel van belang voor de bewijslevering. Elke zakelijke actie was volgens Levy daarom gebaseerd op het zakelijke recht dat de eiser meende te hebben.²³⁶

De causa actionis van een persoonlijke actie

Op de vraag wat de *causa actionis* was van een persoonlijke actie dienen zich meer potentiële antwoorden aan. Was de *causa actionis* gelegen in de ontstaansgrond van de verbintenis, in de verbintenis zelf, of in de schending van de verbintenis? Levy weegt allereerst de ontstaansgrond tegen de schending van de verbintenis af:

‘Die *causa actionis* liegt also nicht in dem die *obligatio* verletzenden, sondern in dem sie begründenden Faktum, in der *causa* der *obligatio* selbst.’²³⁷

Levy stelt dat de grondslag van de actie moet worden gezocht in het ‘Faktum,’ ofwel het feitencomplex, dat aan de verbintenis ten grondslag ligt. Hij verzet zich hiermee tegen de opvatting van Savigny en Bekker, die menen dat de *schending* van de verbintenis de grondslag van de actie was. Dit kan niet het geval zijn geweest, zo stelt Levy. Om tot een veroordeling te komen, diende de *iudex* weliswaar een schending van de verbintenis vast te stellen, maar de procesconsumptie trad reeds in op het moment van de *litis contestatio*. Ook wanneer uiteindelijk geen schending werd vastgesteld en een veroordeling uitbleef, deed zich dus procesconsumptie voor. De *causa actionis* kon daarom niet in de schending van de verbintenis zijn gelegen. Dit betoog overtuigt. Het verschil tussen beide opvattingen heeft een duidelijk rechtsgevolg, te weten het al dan niet intreden van procesconsumptie.

Vervolgens rijst de vraag of, ter vaststelling van de *causa actionis*, een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verbintenis zélf en de ontstaansgrond van deze verbintenis: het ‘begründende Faktum,’ zoals Levy het noemt.²³⁸ Paulus’ opvatting dat afzonderlijke grondslagen van acties op afzonderlijke verbintenissen zijn gebaseerd (*singulas obligationes singulae causae sequuntur*), wijst op de eerste opvatting: elke grondslag van een actie

236 Levy, *Konkurrenz* I, p. 97; zie de *formula* van de *rei vindicatio*, *supra*, n. 6.

237 Levy, *Konkurrenz* I, p. 85. In deze zin schrijft Levy op p. 83: ‘Die *causa actionis* ist also der Grund nicht des Zustehens, sondern des Entstehens einer *actio*.’

238 Of, zoals Kaser/Hackl, *RZ*, p. 304, het uitdrukt: ‘Der klagbegründende Umstand ist bei den *actiones in personam* der Vertrag oder vertragsähnliches Tatbestand oder das Delikt oder das sonstige als Klagegrund anerkannte *factum* [...]’

(*causa*) volgt een verbintenis (*obligatio*). Levy stelt echter dat niet de verbintenis zelf, maar de *grondslag* van de verbintenis, het ‘begründende Faktum,’ de *causa actionis* is. Uit dit ‘begründende Faktum’ zou dus tegelijk een verbintenis en een actie voortkomen. De *causa actionis* en de *causa obligationis* zouden, anders gezegd, aan elkaar gelijk zijn. Ter ondersteuning van deze stelling wijst Levy op het feit dat waar Gaius contractuele en delictuele *verbintenissen* onderscheidt,²³⁹ Ulpianus onderscheidt tussen contractuele en delictuele *acties*.²⁴⁰ In beide gevallen gaat het om dezelfde onderverdeling. Nu Gaius spreekt van verbintenissen en Ulpianus van acties, zouden verbintenis en actie tegelijk voortkomen uit het contract of delict en daarom ook een gemeenschappelijke grondslag hebben.²⁴¹

Is het onderscheid tussen de verbintenis of de grondslag van de verbintenis als *causa actionis* zinvol? De vraag of twee acties een gemeenschappelijke *causa actionis* hadden en waar die *causa actionis* in was gelegen, kan uiteindelijk slechts worden beantwoord aan de hand van teksten waarin tussen samenlopende acties al dan niet directe procesconsumptie optrad. Ten eerste wordt een tekst besproken die de samenloop tussen de *condictio* en de actie uit bruikleen behandelt, en vervolgens drie teksten waarin de samenloop tussen twee *condictiones* (de *condictio indebiti* en de *condictio furtiva*) wordt besproken.

I. *Condictio* en *actio commodati* in D. 44,7,34,1 (Paulus)

Paulus behandelt de vraag welke acties beschikbaar zijn bij verduistering van een in bruikleen gegeven zaak:

D. 44,7,34,1: ‘Als degene, aan wie ik een zaak in bruikleen zal hebben gegeven, haar zal hebben verduisterd, zal diegene aansprakelijk zijn op grond van de *actio commodati* en op grond van de *condictio*, maar de ene actie verhinderde de andere, hetzij van rechtswege of krachtens een verweermiddel, en dit is het veiligst.’²⁴²

Paulus stelt dat de bruiklener die niet aan zijn contractuele plicht heeft voldaan, aansprakelijk is met de *actio commodati*, en, omdat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het verduisteren (*subreptio*) van de in bruikleen gegeven

239 G. 3,88: ‘[...] omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.’

240 D. 44,7,25,1 (Ulpianus, *libro singulari regulatorum*): ‘Actionum autem quaedam ex contractu, quaedam ex facto, quaedam in factum sunt. [...]’

241 Levy, *Konkurrenz* I, p. 85: ‘Man sieht: weder die *obligatio* noch die *actio* ist das Primäre: aus dem Kontrakt oder Delikt entsteht die eine wie die andere unmittelbar.’ Op p. 86 wijst Levy echter ook op teksten die de stelling ondersteunen dat de verbintenis de grondslag van de actie was, zoals D. 44,7,53 *pr.*: ‘ex una obligatione plures actiones nascantur.’

242 D. 44,7,34,1 (Paulus, *libro singulari de concurrentibus actionibus*): ‘Si is, cui rem commodatam, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram peremit aut ipso iure aut per exceptionem, quod est tutius.’

zaak, met de *condictio*. De ene actie ‘verhindert’ (*peremit*) de andere actie.²⁴³ Het feit dat deze ‘verhinderende’ plaatsvindt ‘van rechtswege of door een verweermiddel’ (*aut ipso iure aut per exceptionem*),²⁴⁴ duidt op directe procesconsumptie.²⁴⁵ Tussen de *condictio* en de *actio commodati* is volgens Paulus dus sprake van *eadem res*. Beide verbintenissen, één uit contract, en één uit quasi-contract, vinden kennelijk hun grondslag in hetzelfde ‘begründende Faktum,’ te weten de weigering van de gedaagde om de in bruikleen gegeven zaak terug te geven. Deze tekst ondersteunt de leer van Levy dat de, voor vragen van samenloop relevante, *causa actionis* niet in de verbintenis zelf moet worden gezocht, maar in het ‘begründende Faktum’ – het feitencomplex dat tot het ontstaan van meer verbintenissen aanleiding heeft gegeven. Als de *causa actionis* immers de verbintenis zelf zou zijn, dan zou het feit dat er sprake was van twee verschillende verbintenissen – één waarvoor de *condictio* ter beschikking werd gesteld, en één waarvoor de *actio commodati* ter beschikking werd gesteld – tot de conclusie moeten leiden dat er geen sprake is van *eadem res*, maar van *alia res*, zodat er geen sprake van procesconsumptie zou kunnen zijn. Nu zich wel procesconsumptie blijkt voor te doen, volgt hieruit dat beide acties dezelfde grondslag hebben. Deze grondslag heeft geleid tot twee verbintenissen, en tot twee acties – de *actio commodati* en de *condictio*, maar slechts tot één *causa actionis*. De *causa actionis* is dus niet gelegen in de verbintenis zelf, maar in de ontstaansgrond van de verbintenis.

II. *Condictio furtiva* en *condictio indebiti* in D. 47,2,81(80),5 (Papinianus)

De vraag rijst of zich ook procesconsumptie voordoet wanneer sprake was van twee *condictiones*. Levy leidt de grondslag van de *condictio* af uit de feitelijke omstandigheden die tot deze *condictio* aanleiding gaven: zo zou de grondslag van de *condictio furtiva* de diefstal zijn geweest,²⁴⁶ en die van de *condictio indebiti* het hebben van een zaak zonder rechtsgrond.²⁴⁷ In het eerste geval wijst Levy ter ondersteuning op het feit dat de klassieke juristen van

243 Het gebruik van *perimere* in plaats van *consumere* is voor Levy, *Konkurrenz* II, p. 106–107, aanleiding om te ontkennen dat beide acties op dezelfde zaak betrekking hadden en dat zich procesconsumptie voordoet.

244 Zie ook G. 4,107, *supra*, n. 216, 219.

245 Procesconsumptie *ipso iure* deed zich voor wanneer sprake was van een *iudicium legitimum*; in het geval van een *iudicium imperio continens* was de *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* nodig. Dit was de reden dat in deze tekst geen uitsluitel werd gegeven over de vraag hoe de procesconsumptie zich voordoet; zie Peters, SZ 32, p. 290.

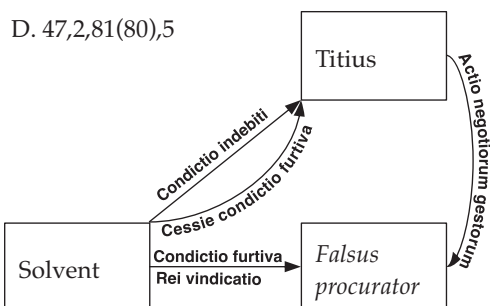
246 Levy, *Konkurrenz* I, p. 388: ‘das eine durch die wissentliche Annahme des Geldes begangene *furtum*.’ Op p. 392 stelt Levy: ‘Diese *causa* ist im klassischen Recht das *furtum* und nichts anderes.’

247 Levy, *Konkurrenz* I, p. 392: ‘Dagegen liegt die *causa* der *condictio indebiti* in dem Zustande des rechtlosen Habens.’ Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio*, p. 218, n. 1, wijst de opvatting van Levy af omdat de accipiënt *eigenaar* zal zijn geworden; van een situatie waarbij de gedaagde in de *condictio* de zaak ‘zonder recht’ heeft, is dus geen sprake.’ Het conflict valt weg wanneer men bedenkt dat de accipiënt weliswaar een recht op de zaak heeft verkregen, maar niet op het behouden ervan.

de *condictio 'ex causa' furtiva* spreken.²⁴⁸ Ook hier kan de vraag of twee acties een gemeenschappelijke grondslag hadden, niet in abstracto worden beantwoord, maar slechts door te onderzoeken of zich in een concreet geval procesconsumptie voordeed. De volgende drie teksten over betalingen aan een valse vertegenwoordiger (*falsus procurator*), of aan iemand die kennis heeft van het feit dat hij een niet-verschuldigd bedrag in ontvangst neemt, laten zien dat zich tussen twee *condictiones* soms wel, en soms geen procesconsumptie voordeed.

Papinianus stelt over de betaling aan een *falsus procurator*:

D. 47,2,81(80),5: 'Als Titius, in wiens naam een valse vertegenwoordiger een onverschuldigd bedrag in ontvangst heeft genomen, bekrachtigt, kan Titius zelf uit zaakwaarneming ageren, en staat aan degene, die het onverschuldigde geld heeft betaald, tegen Titius de *condictio indebiti* ter beschikking, en duurt de *condictio furtiva* tegen de valse vertegenwoordiger voort. Nadat de keuze op Titius is gevallen, is het niet onbillijk, dat hij door middel van een *exceptio doli* zal verlangen dat de *condictio furtiva* aan hem wordt gecedeerd. Als het geldbedrag verschuldigd was, houdt de *actio furti* op te bestaan wanneer Titius heeft bekrachtigd, omdat de debiteur zal zijn bevrijd.'²⁴⁹



Papinianus bespreekt in deze tekst de casus waarin een solvent een onverschuldigd bedrag betaalt aan een *falsus procurator*, iemand die zich ten onrechte als inningsbevoegd voor Titius heeft uitgegeven. Zie het diagram hierboven. Door dit bedrag in ontvangst te nemen heeft de *falsus procurator* zich jegens de solvent schuldig gemaakt aan diefstal,²⁵⁰ en is hij aansprakelijk

248 Levy, *Konkurrenz* I, p. 279, n. 6. Zie bijvoorbeeld D. 12,1,9,1 (Ulpianus): '[...] Sed et ex causa furtiva per hanc actionem condictitur. [...]'

249 D. 47,2,81(80),5 (Papinianus, *libro duodecimo quaestionum*): 'Si Titius, cuius nomine pecuniam perperam falsus procurator accepit, ratum habeat, ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget, ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio non inique per doli exceptionem, uti praestetur ei furtiva condictio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio furti actio evanescit, quia debitor liberatur.'

250 Het bewust in ontvangst nemen van een onverschuldigde betaling werd immers als diefstal aangemerkt; zie D. 13,1,18 (Scaevola); zie *infra*, n. 266.

op grond van de *condictio furtiva*.²⁵¹ Nu de munten niet in eigendom waren overgegaan, is hij bovendien aansprakelijk op grond van de *rei vindicatio*.²⁵²

Titius heeft vervolgens de ontvangst van de onverschuldigd betaalde munten bekrachtigd en zo het gebrek in de inningsbevoegdheid van de *falsus procurator* geheeld. Hij heeft hiermee de gevolgen van de betaling voor zijn rekening genomen en is zelf jegens de solvent aansprakelijk geworden op grond van de *condictio indebiti*. De betaling aan de *falsus procurator* was immers niet alleen onverschuldigd omdat een inningsonbevoegde deze in ontvangst had genomen, maar ook omdat er in het geheel geen schuld bestond.²⁵³ Ook na de bekrachtiging blijft de *falsus procurator* onverminderd aansprakelijk op grond van de *condictio furtiva*: deze ‘duurt voort’ (*durabit*), zoals Papinianus stelt. Hieruit volgt dat de *falsus procurator* niet alleen op de hoogte was geweest van het feit dat hij niet tot inning was bevoegd, maar ook van het feit dat er in het geheel geen schuld bestond. Uit het slot blijkt dat wanneer de solvent ter voldoening van een *bestaande* schuld had betaald, de solvent door de bekrachtiging zou zijn bevrijd nu de eigendom van de munten alsnog zou zijn overgegaan, en de aansprakelijkheid van de *procurator* op grond van de *actio furti* zou zijn vervallen – en, naar wij mogen aannemen, die op grond van de *condictio furtiva* eveneens.

In het geval de solvent géén schuld had bij Titius, behield hij de mogelijkheid om de *condictio indebiti* in te stellen tegen Titius. Titius kon echter het verweermiddel van arglist, de *exceptio doli*, opwerpen als de solvent weigerde aan hem de *condictio furtiva* te cederen. De noodzaak van deze cessie was niet gelegen in het veiligstellen van het regres van Titius tegen de *procurator*: Titius kon immers, zoals uit de tekst volgt, regres nemen op de *procurator* door de munten die deze in ontvangst had genomen met een actie uit zaakwaarneming (*actio negotiorum gestorum*) op te eisen.²⁵⁴ Cessie van de *condictio furtiva* voorkwam evenwel dat de solvent alsnog op grond van deze actie tegen de *procurator* zou ageren en zo een dubbele compensatie zou ontvangen. Het bedrag waartoe de *procurator* dan zou worden veroordeeld, zou immers gelden als bij de uitoefening van de zaakwaarneming

251 Uiteraard is de *falsus procurator* ook aansprakelijk op grond van de *actio furti*, zo blijkt uit het slot van de tekst.

252 D. 47,2,43 pr. (Ulpianus, *libro quadragesimo primo ad Sabinum*): ‘Falsus creditor, hoc est is, qui se simulat creditorem, si quid acceperit, furtum facit nec nummi eius fient.’ (‘Een valse crediteur, dat is iemand die zich voordoeft als schuldeiser, pleegt diefstal als hij iets heeft geaccepteerd, en wordt geen eigenaar van de munten.’) Zie ook Haymann, *BIDR* 16–17, p. 19; Apathy, *SZ* 96, p. 84, n. 66, met betrekking tot D. 47,2,81(80),7.

253 Dit waren twee van de drie gronden om een betaling als onverschuldigd aan te merken: zie D. 12,6,65,9 (Paulus), *infra*, n. 410.

254 In deze zin: Zwolve, *Qui solvit alii*, p. 13–14. Cf. D. 3,5,5,11 (Ulpianus) over de bekrachtiging waarmee de principaal de handeling van een niet-inningsbevoegde *procurator* tot de zijne maakte, mits deze in het belang van de principaal was verricht. In het klassieke Romeinse recht leidde de *ratihabitio* overigens nog niet tot een contract van lastgeving (*mandatum*); zie Zimmermann, *Obligations*, p. 434, n. 8.

geleden schade,²⁵⁵ die de *procurator* uit hoofde van de omgekeerde actie uit zaakwaarneming (de *actio negotiorum gestorum contraria*) tegen Titius' directe actie in verrekening zou hebben kunnen brengen. Dit zou tot gevolg hebben gehad dat de dubbele compensatie die de solvent ontving voor rekening van Titius zou komen.²⁵⁶ Titius had er dus baat bij dit scenario te voorkomen en zich de *condictio furtiva* te laten cederen. Deze cessie nu kon slechts plaatsvinden wanneer de *condictio furtiva* na het bereiken van de *litis contestatio* in de *condictio indebiti* tegen Titius nog bestond.²⁵⁷ Als de *condictio furtiva* door procesconsumptie teniet zou zijn gegaan, dan was er immers geen risico van dubbele compensatie van de solvent. Uit het ontbreken van procesconsumptie volgt dat de *condictio indebiti* en de *condictio furtiva*, althans in dit geval, een verschillende grondslag hadden.²⁵⁸ Beide acties hadden dus betrekking op een andere zaak (*alia res*).

III. *Condictio furtiva* en *condictio indebiti* in D. 47,2,81(80),7 (Papinianus)

In de volgende tekst bespreekt Papinianus het spiegelbeeld van de situatie die in D. 47,2,81(80),5 aan de orde was:²⁵⁹

D. 47,2,81(80),7: 'Degene die de belangen van Titius behartigde, heeft in diens naam aan een valse vertegenwoordiger van diens crediteur betaald en Titius heeft bekrachtigd. De *actio furti*, die meteen toen het geld betaald was, ter beschikking is gekomen van degene die de munten heeft gegeven, valt niet aan [Titius] toe, omdat de eigendom, noch het bezit, van de munten van Titius was. Maar Titius zal de beschikking hebben over de *condictio indebiti*, terwijl degene die het geld heeft gegeven de beschikking zal hebben over de *condictio furtiva*. Deze [actie] zal,

²⁵⁵ D. 3,5,2 i.f. (Gaius).

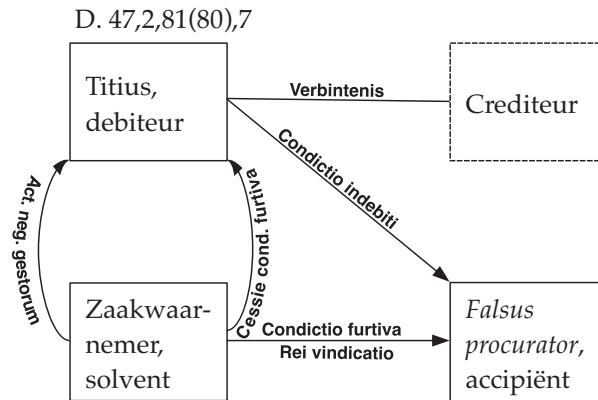
²⁵⁶ Wellicht zou hij het tevoren aan Titius betaalde bedrag met een *condictio* kunnen terugvorderen, maar in ieder geval droeg hij dan Titius' insolventierisico; in het voorkomen hiervan was zijn belang bij cessie van de *condictio furtiva* gelegen.

²⁵⁷ Beide acties hadden betrekking op een andere zaak (*alia res*); zie Levy, *Konkurrenz I*, p. 393; *Nachträge*, p. 13.

²⁵⁸ Papinianus gaat niet in op de omgekeerde situatie waarin de *procurator* met de *condictio furtiva* was aangesproken en de vraag rijst of de *procurator* cessie van de *condictio indebiti* kon verlangen. Men zou kunnen betogen dat met een betaling op grond van de *condictio furtiva* ook de schuld van de principaal is ingelost; in deze zin Levy, *Nachträge*, p. 16; Zwolve, *Qui solvit alii*, p. 13. Deze opvatting gaat echter uit van de situatie dat er sprake was van één schuld en is daarmee in strijd met de conclusie dat er tussen de *condictio indebiti* en de *condictio furtiva* sprake was van *alia res*. Het vermoeden bestaat daarom dat ook de *procurator* aanspraak zou kunnen maken op cessie van de *condictio indebiti*, ter voorkoming van de situatie waarin Titius aansprakelijk wordt gesteld door de solvent en hij deze schade op grond van de *actio negotiorum gestorum* op de *procurator* verhaalt.

²⁵⁹ D. 47,2,81(80),5, *supra*, n. 249.

wanneer Titius op grond van de *actio negotiorum gestorum* in rechte is betrokken, op grond van de ambtsplicht van de rechter aan hem worden gecedeerd.²⁶⁰



In deze tekst, die in het diagram hierboven is weergegeven, betaalt de *procurator* van Titius aan een *falsus procurator* die zich bevoegd had verklaard om geld namens Titius' crediteur in ontvangst te nemen.²⁶¹ De solvent kan de *falsus procurator* aanspreken met de *condictio furtiva* en de *rei vindicatio*. Titius, die zich wellicht niet bewust was van het feit dat de betaling door een *falsus procurator* in ontvangst was genomen, bekrachtigt deze betaling, waarmee hij de gevolgen van de onverschuldigde betaling voor zijn rekening neemt. Zodoende wordt Titius jegens zijn zaakwaarnemer aansprakelijk uit zaakwaarneming tot terugbetaling van het bedrag dat de zaakwaarnemer met eigen middelen aan de *falsus procurator* heeft betaald, en krijgt hij de mogelijkheid de *falsus procurator* met de *condictio indebiti* aan te spreken. Wanneer Titius echter uit zaakwaarneming wordt aangesproken,²⁶² dan kan hij, zo stelt Papinianus, verlangen dat de *condictio furtiva* die de zaakwaarnemer tegen de *falsus procurator* heeft, aan hem gecedeerd wordt. Hierdoor werden de *condictio furtiva* en de *condictio indebiti*, die hij na de bekrachtiging jegens de *falsus procurator* had verkregen, bij de principaal verenigd. Papinianus bespreekt de verhouding tussen beide *conditiones* echter niet, zodat de vraag of sprake was van *eadem res*, onbeantwoord blijft. Aan de ene kant is

260 D. 47,2,81(80),7 (Papinianus, *libro duodecimo quaestionum*): 'Qui rem Titii agebat, eius nomine falso procuratori creditoris solvit et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quae statim, cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit neque possessio. Sed conditionem indebiti quidem Titius habebit, furtivam autem qui pecuniam dedit: quae, si negotiorum gestorum actione Titius conveniri coeperit, arbitrio iudicis ei praestabitur.'

261 Zie over deze tekst: Levy, *Nachträge*, p. 17; Zwölve, *Qui solvit alii*, p. 24–25.

262 Terzijde zij opgemerkt dat Papinianus spreekt van de *actio negotiorum gestorum*, terwijl de actie van de zaakwaarnemer tegen de belanghebbende meestal de *actio negotiorum gestorum contraria* wordt genoemd; zie ook Wacke, *Actiones suas praestare debet*, p. 164.

een sterk argument voor het aannemen van *alia res* tussen de *condictio indebiti* en de *condictio furtiva* gelegen in een vergelijking met fragment 5 van dezelfde tekst van Papinianus, die van deze casus immers het spiegelbeeld vormt. Aangezien de *condictio furtiva* in dát geval een andere grondslag had dan de *condictio indebiti*, zou het bevreemden als beide *condictiones* in dát geval een verschillende grondslag zouden hebben. Aan de andere kant kan men echter betogen dat de cessie van de *condictio furtiva* alleen verklaard kan worden uit het feit dat er sprake was van *eadem res*, omdat de principaal met een schadepost zou worden opgezaadeld als de solvent naast de actie uit zaakwaarneming alsnog de *condictio furtiva* zou instellen. De *condictio indebiti* van Titius zou in dat geval immers van rechtswege zijn komen te vervallen, zodat Titius in dat geval baat heeft bij cessie van de actie die zijn eigen actie mogelijk zou blokkeren.²⁶³ Gewezen zij op het feit dat de rechter op grond van zijn ambtsplicht bewerkstelligde dat de *procurator* afstand deed van zijn *condictio furtiva*: dit was mogelijk omdat de *actio negotiorum gestorum*, als *actio arbitraria*,²⁶⁴ aan de rechter de mogelijkheid bood aanvullende voorwaarden aan een veroordeling te verbinden.²⁶⁵

IV. *Condictio furtiva* en *condictio indebiti* in D. 13,1,18 (Scaevola)

Ook Scaevola bespreekt de betaling door een *procurator*:

D. 13,1,18: 'Omdat degene die munten aanneemt in de wetenschap dat deze niet aan hem verschuldigd zijn, diefstal pleegt, rijst de vraag, wanneer een vertegenwoordiger met zijn eigen munten betaalt, of er van hem diefstal gepleegd wordt. En Pomponius zegt in het achtste boek van zijn brieven dat hij zelf een *condictio* heeft op grond van diefstal, maar dat ik ook kan condiceren als ik zal bekrachtigen wat onverschuldigd is betaald. Maar de ene *condictio* wordt door de andere opgeheven.'²⁶⁶

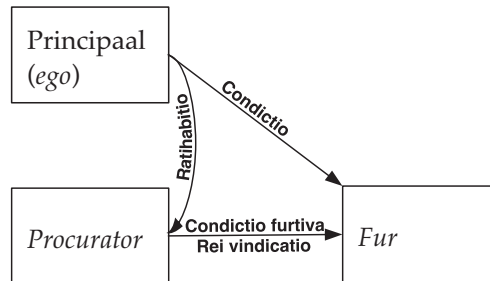
263 Ook Wacke, *Actiones suas praestare debet*, p. 166, gaat uit van een consumptieve verhouding tussen de *condictio indebiti* en de *condictio furtiva*, en dus van *eadem res*.

264 D. 27,3,3 (Pomponius).

265 Ook in het kader van de *rei vindicatio* speelde dit een belangrijke rol, zoals hierna in het kader van D. 47,2,9,1 zal blijken, *infra*, p. 60.

266 D. 13,1,18 (Scaevola, *libro quarto quaestionum*): 'Quoniam furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi furtum fiat. Et Pomponius epistularum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva: sed et me condicere, si ratum habeam quod indebitum datum sit. Sed altera condictione altera tollitur.'

D. 13,1,18



In deze tekst, die lijkt op de laatst besproken tekst van Papinianus, kent Scaevola de *condictio furtiva* toe aan een *procurator* die een onverschuldigde betaling had verricht aan een accipiënt die deze betaling in ontvangst had genomen terwijl hij wist dat deze onverschuldigd was en zich zo aan diefstal schuldig had gemaakt. Daarnaast kent hij een niet nader gespecificeerde *condictio* toe aan de principaal, nadat deze de betaling heeft bekrachtigd. Net zoals in de hiervoor besproken tekst van Papinianus, is ook in deze tekst sprake van een accipiënt die bewust een onverschuldigde betaling in ontvangst had genomen. Door zijn bekrachtiging zegde de principaal van de *procurator* toe hem voor zijn betaling schadeloos te stellen. Uit deze tekst volgt dat er tussen de *condictio* van de solvent en de *condictio* van de *procurator* directe procesconsumptie bestond.²⁶⁷ De vraag rijst of 'de *condictio*' van de principaal een *condictio indebiti* was of een *condictio furtiva*. Een aanwijzing dat sprake was van de *condictio indebiti* is niet alleen gelegen in het feit dat Papinianus bij behandeling van dezelfde casus spreekt van de *condictio indebiti*,²⁶⁸ maar ook in het feit dat de bekrachtiging (*ratihabitio*) van de principaal geen eigendomsverkrijging van de gestolen munten met zich heeft meegebracht.²⁶⁹ De regel dat de *condictio furtiva* met betrekking tot gestolen zaken uitsluitend aan de eigenaar toekwam,²⁷⁰ verhinderde weliswaar niet dat deze actie ter beschikking bleef staan aan degene die de eigendom na de diefstal (buiten zijn schuld) had verloren, maar zij verhinderde wel dat deze actie ter beschikking kwam van iemand, te weten de principaal, die nooit eigenaar was geweest van de gestolen zaak. Men bedenke dat het hier niet gaat om cessie van een bestaande *condictio furtiva*, maar om een nieuwe *condictio* die was ontstaan naast de reeds bestaande *condictio furtiva* van de *procurator*, die met zijn eigen munten had betaald. Bovendien blijkt dat uit het eerste deel

267 Het gebruik van het woord *tollere* in het slot duidt op procesconsumptie van rechtswege. Cf. het omgekeerde geval van D. 13,1,7 *pr.*, waar de *actio furti* niet leidt tot verval van de *condictio furtiva*: 'non autem condictio tollitur.'

268 D. 47,2,81(80),7, *supra*, n. 260. Dit was ook in het *ius commune* aanleiding om voor de *condictio indebiti* te kiezen; zie Levy, *Konkurrenz I*, p. 389.

269 Er vond geen 'Durchgangserwerb' plaats; zie Wacke, *Actiones suas praestare debet*, p. 164, n. 612.

270 D. 13,1,1 (Ulpianus), *supra*, n. 198.

van de tekst dat Scaevola het feit dat de *procurator* met eigen munten had betaald, bepalend achtte voor de conclusie dat er van hem was gestolen – de keerzijde daarvan zou zijn dat degene wiens munten niet gebruikt waren, de principaal, niet de *condictio furtiva* had.²⁷¹

De consumptieve verhouding waarin de *condictio furtiva* en de *condictio indebiti* volgens Scaevola staan, en het feit dat beide *condictiones* één grondslag deelden, staat haaks op D. 47,2,81(80),5, waarin beide *condictiones* een verschillende grondslag hadden en zich geen procesconsumptie voordeed, zoals bleek uit de mogelijkheid van cessie van de *condictio furtiva*. Beide situaties lijken op elkaar in die zin dat de *condictio furtiva* direct ontstond, en de *condictio indebiti* door *ratihabitio*. Een vergelijking van beide teksten geeft echter geen ondubbelzinnig antwoord op de vraag of de *condictio indebiti* en de *condictio furtiva* een gemeenschappelijke grondslag hadden. Uit de tekst van Paulus over bruikleen,²⁷² beide teksten van Papinianus,²⁷³ en die van Scaevola²⁷⁴ over betaling aan een dief vloeit voort dat er niet één algemene definitie was van de grondslag van de *condictio*, zodat er ook niet één *causa actionis* van de *condictio* was die voor procesconsumptie van belang was. Waar D. 44,7,34,1 (Paulus) immers duidt op *eadem res* tussen de *condictio* en de *actio commodati*, en D. 13,1,18 (Scaevola) duidt op *eadem res* tussen de *condictio furtiva* en de *condictio indebiti*, duidt D. 47,2,81(80),5 (Papinianus) op *alia res* tussen beide *condictiones*, en is D. 47,2,81(80),7 (Papinianus) voor verschillende uitleg vatbaar. De conclusie die wij hieruit kunnen trekken is dat de Romeinse juristen geen uniforme leer hebben ontwikkeld over de, voor procesconsumptie relevante, *causa actionis*.

In de verschillende teksten die in deze paragraaf zijn besproken loopt de *condictio furtiva* samen met de *rei vindicatio*, ook al wordt deze actie niet expliciet genoemd. In de volgende paragraaf komt deze vorm van samenloop opnieuw aan de orde.

§ 2.4.4 *Rei vindicatio* en *condictio furtiva* in D. 47,2,9,1 (Pomponius)

Tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* deed zich geen directe procesconsumptie voor. Om te voorkomen dat de gedaagde achtereenvolgens op grond van twee reïpersecutoire acties zou worden veroordeeld, maakten de Romeinse juristen gebruik van het procesrechtelijke middel van de indirecte consumptie.²⁷⁵ Deze term behelsde een aantal vormen van praetorisch of

271 Levy, *Konkurrenz* I, p. 389–91, stelt nog dat de *condictio* van Titius de *condictio furtiva* is, maar de huidige literatuur gaat uit van de *condictio indebiti*; zie Zwolve, *Qui solvit alii*, p. 25; Wacke, *Actiones suas praestare debet*, p. 165, n. 614, met verdere literatuurverwijzingen.

272 D. 44,7,34,1, *supra*, n. 242.

273 D. 47,2,81(80),5 en D. 47,2,81(80),7, *supra*, n. 249 en 260.

274 D. 13,1,18, *supra*, n. 266.

275 In de Duitse literatuur wordt deze indirecte consumptie ‘mittelbare Konsumption’ genoemd. Wanneer deze indirecte consumptie door rechterlijk ingrijpen plaatsvond, spreekt men van ‘judiziale Konsumption.’

rechterlijk ingrijpen, waarmee een tweede actie die hetzelfde doel nastreefde als een eerdere, alsnog kon worden voorkomen. Zo kon de praetor een actie ontzeggen (*denegatio actionis*),²⁷⁶ of aan de gedaagde een *exceptio doli* ter beschikking stellen. Ook kon de *iudex* bewerkstelligen dat de eiser afstand deed van een andere actie die aan hem ter beschikking stond.²⁷⁷ Deze laatste variant deed zich voor bij de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*, zoals uit de volgende tekst van Pomponius blijkt. Het betreft de enige tekst waarin de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* vanuit een procesrechtelijk perspectief wordt besproken:²⁷⁸

D. 47,2,9: '[pr.] Degene die de *actio furti* heeft, kan bij voortgezette verduistering door de dief niet nog een *actio furti* instellen, ook niet als de gestolen zaak nadien in waarde zou zijn toegenomen. [1.] Als ik de zaak echter van de dief met de eigendomsactie had opgeëist, blijft de *condictio* aan mij ter beschikking staan. Maar men kan zeggen dat het tot de ambtsplicht behoort van de rechter die van het eigendomsgeschil kennis neemt, om alleen afgifte te gelasten als de eiser afziet van de *condictio*. – ²⁷⁹ En als de gedaagde tevoren op grond van de *condictio* is veroordeeld en de getaxeerde waarde van het procesobject zal hebben betaald, [behoort het tot de ambtsplicht van de rechter] dat hij de gedaagde ofwel in ieder opzicht vrijspreekt, ofwel, en dit geniet de voorkeur, dat hij, als de eiser bereid zou zijn de getaxeerde waarde terug te geven en de slaaf niet aan de eiser zou zijn gerestitueerd, de bezitter jegens de eiser veroordeelt tot [betaling van] het bedrag dat [de eiser] in het proces onder ede heeft verklaard dat de zaak waard is.'²⁸⁰

Deze tekst maakte van oorsprong onderdeel uit van Pomponius' *liber sextus decimus ad Sabinum*.

Deze opvatting wijkt af van de traditionele plaatsing van deze tekst in het *liber sextus ad Sabinum*.²⁸¹ Gezien het feit dat Pomponius de acties van de bestolene bespreekt, ligt het zestiende boek op Sabinus waarin teksten voorkomen over zaken die uit een bruidsschat zijn weggenomen, echter meer in de rede,²⁸² dan

276 Zie Zwolve, *Denegatio actionis*, p. 26.

277 Kaser/Hackl, *RZ*, p. 307.

278 Ook Levy, *SZ* 42, p. 489, merkt dit op.

279 In een aantal teksten is, ter onderscheiding van verschillende delen die daarna afzonderlijk in de hoofdtekst van dit boek worden besproken, een gedachtestreep aangebracht.

280 D. 47,2,9 (Pomponius, *libro sexto decimo ad Sabinum*): '[pr.] Ei, qui furti actionem habet, adsidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res subrepta. [1.] Sed si eam a fure vindicassem, condictio mihi manebit. Sed potest dici officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si conditionem petitor remitteret. – Quod si ex conditione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum, aut, quod magis placet, si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.'

281 Zie de ed. Lyon 1627, III, k. 1266, en de Editio Maior. Zie voor Pomponius' *liber sextus ad Sabinum*: Lenel, *Pal.* II, k. 100 (Pomponius 481 sq.).

282 Zie bijvoorbeeld ook D. 25,2,8,1 (Pomponius, *libro sexto decimo ad Sabinum*).

het zesde boek dat legaten behandelt.²⁸³ In de oudere literatuur is deze tekst vaak geheel,²⁸⁴ of slechts wat betreft het laatste deel,²⁸⁵ als geïnterpoleerd aange-merkt, maar de argumenten voor interpolatie – dat de slaaf pas aan het eind van de tekst wordt genoemd, of dat de tekst ongrammaticaal zou zijn – overtuigen niet. Levy beschouwt de tekst dan ook terecht als authentiek.²⁸⁶

Voortgezette verduistering (adsidua contrectatio)

Kon een eiser, zo vraagt Pomponius in het *principium*, die reeds de *actio furti* had ingesteld, in geval van een ‘voortgezette verduistering’ (*adsidua contrectatio*) door de dief, nogmaals op grond van de *actio furti* procederen? Deze vraag was relevant nu de gestolen zaak na de veroordeling in het eerste proces in waarde kon zijn gestegen. Zoals wij zagen kon een waardestijging zich voordoen wanneer een erfenis ten gunste van een gestolen slaaf was opengevallen.²⁸⁷ Wanneer de eigenaar van de slaaf de vereiste opdracht tot aanvaarding van deze erfenis niet had kunnen geven, werd de gemiste waardestijging in aanmerking genomen, zowel bij de berekening van de twee- of viervoudige boete in de *actio furti*,²⁸⁸ als bij de waardebepaling in de *condictio furtiva*.²⁸⁹ Dit gold ook in het geval dat de opdracht tot aanvaarding door het overlijden van de slaaf blijvend onmogelijk was geworden. Een tweede *actio furti* was echter uitgesloten, zo stelt Pomponius.

283 Dit vermoeden is geuit door Lenel, *Pal.* II, k. 105, n. 1 (Pomponius 512), en onderschreven door Levy, *Konkurrenz* II, p. 90, n. 2 en p. 92, n. 5. Een vergelijkbaar vermoeden bestaat in het kader van D. 12,1,4,1, *infra*, n. 390. In beide gevallen zou het nummer van het boek per abuis met tien zijn verlaagd – een vergissing die bij het overschrijven snel is gemaakt.

284 Dit vermoeden gaat terug op Faber, *Coniecturarum*, 16,12,13; *Rationalia* III, 210b, die stelt dat een situatie waarin zowel *condictio* als *rei vindicatio* ter beschikking stonden, zich niet kon voordoen. Het idee dat de tekst *niet* geïnterpoleerd zou zijn, is volgens Beseler, *SZ* 43, p. 371, ‘viel zu konservativ,’ en ook volgens d’Ors, *SDHI* 19, p. 153, n. 57, ‘demasiado conservador.’ Pomponius zou volgens d’Ors dan ook niet hebben willen schrijven ‘*condictio mihi manebit*,’ maar ‘*condictio mihi non manebit*.’ Tussen beide acties zou zich directe consumptie hebben voorgedaan – een stelling waar men het volgens d’Ors, *RIDA* 12, p. 457–58, onmogelijk mee oneens kon zijn: ‘I do not think anyone can fail to accept that this text gives no reliable [sic] information on classical law.’ Zoals uit de hoofdttekst zal blijken is de uiteenzetting van Pomponius wel degelijk te verklaren vanuit het klassieke procesrecht.

285 Siber, *Passivlegitimation*, p. 143.

286 Levy, *Konkurrenz* II, p. 93–95: ‘Der dargelegte Inhalt des Fragmentes atmet in allen Teilen durchaus klassischen Geist.’ Levy, *SZ* 42, p. 489, spreekt van een ‘im Kern größtenteils echten Nachricht über die Konkurrenz von cond. furtiva und rei vindicatio.’ In deze zin ook: Wacke, *Actiones suas praestare debet*, p. 120. Zie over deze tekst bovendien: Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 109–12; Hähnchen, *Die causa conductionis*, p. 115–16; Valiño, *Fs. Miquel*, p. 1009 sq.

287 Zie § 2.3.4, *supra*, p. 34.

288 Zie G. 4,173 en D. 47,2,50 *pr.* (Ulpianus) voor de berekening van de boete.

289 D. 47,2,52,28 (Ulpianus).

Dit spreekt niet vanzelf. Men zou zich immers kunnen voorstellen dat een tweede *actio furti* weliswaar dezelfde grondslag had, maar, voor zover deze alleen was gericht op de waardestiting die zich na de eerste actie had voorgedaan, een verschillend doel. Pomponius ontzegt de eiser echter een tweede *actio furti*, en stelt daarmee impliciet dat deze tweede *actio furti* hetzelfde doel zou hebben gediend als de eerste.

Nu een tweede *actio furti* niet tot de mogelijkheden behoorde, rijst de vraag of de eiser met een reïpersecutoire actie de gemiste waardestiting kon vorderen.²⁹⁰ Naar alle waarschijnlijkheid had de eiser bij het eerste proces reeds één van beide reïpersecutoire acties ingesteld – deze cumuleerde immers met de poenale *actio furti* – zodat het aankwam op de onderlinge verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*. Nu beide reïpersecutoire acties een verschillende grondslag hadden,²⁹¹ en dus op een ‘andere zaak’ (*alia res*) betrekking hadden, deed zich geen directe procesconsumptie voor. Op indirecte wijze kon echter worden voorkomen dat de eiser een dubbele compensatie ontving.

Eerst rei vindicatio, daarna condictio

Voor de werking van de indirecte procesconsumptie was de volgorde van belang waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* werden ingesteld. Pomponius bespreekt eerst de situatie waarin een bestolen eigenaar de *rei vindicatio* had ingesteld en daarna de *condictio furtiva* aanhangig maakte, en vervolgens de omgekeerde situatie. Nadat de eigenaar de *rei vindicatio* had ingesteld, behield hij de *condictio furtiva*. Zoals Pomponius stelt: *condictio mihi manebit*. De *condictio* kwam immers pas te vervallen wanneer de eiser de gestolen zaak zelf opnieuw had verkregen,²⁹² niet wanneer de eiser de *rei vindicatio* had ingesteld.

De *rei vindicatio* was een *actio arbitraria*.²⁹³ Dit blijkt uit de clausule die in de *formula* was opgenomen: *neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur*.²⁹⁴ Kenmerkend voor de *actiones arbitrarie* was dat de rechter niet uitsluitend een vonnis moest wijzen, maar ook, op bevel van de praetor, als arbiter optrad. Nadat de rechter in een tussenvonnis (*pronuntiatio*) de *intentio* bewezen had verklaard, maar nog voordat hij tot veroordeling was overgegaan, vond een bemiddelende fase plaats, het *arbitrium iudicis*. De *iudex*, nu fungerend als *arbiter*, had in deze fase de bevoegdheid om tot de partijen een bevel te richten als voorwaarde voor een afwijzend of veroordelend

290 Ook het vervolg van de tekst heeft betrekking op de gemiste waardestiting, zo blijkt uit de woorden *sed si...*, die een verbinding met het *principium* leggen.

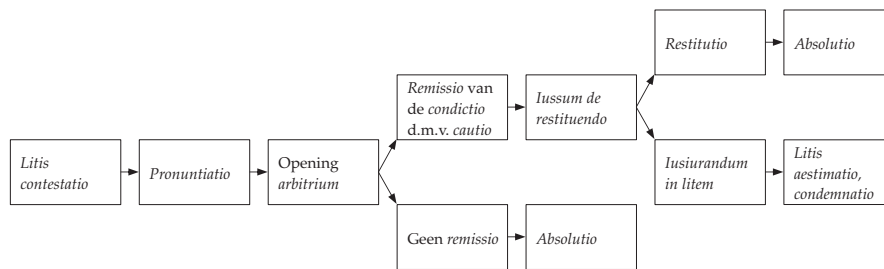
291 *Supra*, p. 46.

292 Het reïpersecutoire doel was dan bereikt; zie D. 47,2,55(54),3, *supra*, n. 137.

293 Zie G. 4,163; I. 4,6,31. Scheltema, *Actiones arbitrarie*, p. 28, verwijst naar D. 39,2,9,2 (Ulpianus); zie Levy, SZ 36, p. 67, n. 4.

294 Zie de *formula* van de *rei vindicatio*, *supra*, n. 6.

vonnis (het *ius iubendi*).²⁹⁵ De arbitraire clausule hield in dat de gedaagde aan een veroordeling kon ontkomen wanneer hij gehoor gaf aan het bevel van de rechter tot restitutie van de litigieuze zaak (het *iussum de restituendo*). De gedaagde zal er verstandig aan hebben gedaan dit te doen. Weigerde hij immers de zaak af te geven, dan volgde er, vanwege het beginsel van de *condemnatio pecuniaria*,²⁹⁶ geen veroordeling tot afgifte van de zaak, maar een veroordeling in geld. Anders dan bij de *condictio*, stelde de rechter echter niet de objectieve waarde van de zaak vast, maar nodigde hij de eigenaar uit om in een schattingseed (*iusiurandum in litem*) te bepalen wat de zaak hem waard was. Deze wijze van vaststelling van de waarde van de zaak in de *litis aestimatio* kon voor de gedaagde, die voor zijn onbuigzaamheid (*contumacia*) diende te worden gestraft,²⁹⁷ onvoordelig uitpakken, nu de schatting van de waarde niet aan een limiet was gebonden,²⁹⁸ en zo (veel) hoger kon komen te liggen dan de objectieve marktwaarde. Schematisch gezien verliep de *rei vindicatio* aldus:



Het arbitraire karakter van de *rei vindicatio* hield in dat de eiser die met de *rei vindicatio* procedeerde een grotere kans had om de zaak zelf opnieuw in handen te krijgen dan met de *condictio*. De gedaagde liep immers het risico te worden veroordeeld tot een bedrag dat de objectieve marktwaarde van de zaak overschreed, terwijl hij bovendien de mogelijkheid had om de zaak nog tijdens het proces *in iudicio* te restitueren en zo aan veroordeling te ontkomen. Dit laatste was bij de *condictio* niet mogelijk, nu de rechter met een restitutie die had plaatsgevonden na de *litis contestatio* geen rekening kon houden.

295 Zie over deze procedure: Scheltema, *Actiones arbitrariae*, p. 31–32; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 338, n. 22.

296 Zie over de *condemnatio pecuniaria*, *supra*, in de hoofdttekst bij n. 104.

297 D. 12,3,8 (Marcellus). Zie over de schattingseed: Savigny, *System V*, p. 123; Kaser, *RP I*, p. 435; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 339, n. 35.

298 D. 6,1,68 (Ulpianus, *libro quinquagesimo primo ad edictum*): ‘quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit.’

De arbitraire rol van de rechter hield in dat hij het uitspreken van het *iussum de restituendo* afhankelijk kon maken van aanvullende voorwaarden. In het geval van de tekst van Pomponius bestond deze voorwaarde erin dat de eiser afstand deed van de *condictio furtiva*. Het is volgens Pomponius immers onderdeel van de ambtsplicht van de rechter – het behoort tot zijn *officium iudicis*²⁹⁹ – om slechts restitutie te bevelen wanneer de eiser bereid is afstand te doen (*remissio*) van de *condictio* die hij nog tot zijn beschikking had. Hoewel de tekst van Pomponius zich niet uitlaat over de wijze waarop de eiser afstand kon doen van de *condictio*, zou hij wellicht afstand hebben kunnen doen door een kwijtscheldingsafpraak met de gedaagde te sluiten (*pactum de non petendo*),³⁰⁰ of door middel van een zekerheidsstelling (*cautio*), bijvoorbeeld door vestiging van een pandrecht of door een borgstelling. Een zekerheidsstelling vond bijvoorbeeld ook plaats als de eiser in de *rei vindictio* zekerheid diende te verschaffen dat hij niet op grond van de *actio ex lege Aquilia* zou procederen.³⁰¹

Als de eiser bereid was zijn *condictio* prijs te geven, kon de rechter het *iussum de restituendo* uitspreken, maar als de eiser weigerde zijn *condictio* prijs te geven, ontstond een patstelling. De rechter had op dat moment in het proces immers reeds het eigendomsrecht van de eiser bewezen, maar hij kon, omdat de eiser niet had voldaan aan de voorwaarde die de rechter had gesteld, geen *iussum de restituendo* uitspreken. Het proces moest dus eindigen in vrijspraak. Wanneer de eiser, die immers nog steeds eigenaar was, zich na het proces alsnog bereid verklaarde tot prijsgave van de *condictio*, kon de gedaagde, zoals wij zagen, aan een nieuwe zakelijke actie een verweermiddel tegenwerpen.³⁰² Nu de actie van de eigenaar blijvend verlamd was en de dief aan de andere kant niet op grond van verkrijgende verjaring eigenaar kon worden,³⁰³ raakten eigendom en bezit blijvend van elkaar verwijderd.

In het *arbitrium* werd de eigenaar aangemoedigd om afstand te doen van zijn *condictio furtiva*. De vraag rijst echter hoe lang de eiser de *condictio* nog gehad zou hebben, als hij er geen afstand van had moeten doen. Stel dat de rechter niet de voorwaarde van de prijsgave van de *condictio furtiva* had gesteld, en hij

299 De term *officium iudicis* duidde oorspronkelijk op de plicht van de burger jegens zijn medeburgers om de rechterlijke taak te vervullen, maar gaf later de verplichting van de rechter zelf aan om recht te spreken, en duidde weer later op het ambtelijk orgaan dat de rechtssprekende taak waarnam; zie Scheltema, *Actiones arbitrariae*, p. 33–35.

300 Kaser, *RP I*, p. 642.

301 D. 6,1,13 (Ulpianus, *libro sexto decimo ad edictum*): ‘et Labeo putat cavere petitem opor-
tere lege Aquiliae non acturum.’ Zie over deze tekst Levy, *SZ* 36, p. 58, n. 3; Levy ver-
wijst naar andere voorbeelden waar het *iussum de restituendo* afhankelijk was van een
zekerheidsstelling: Kaser, *Quanti ea res est*, p. 32 en 83.

302 De gedaagde had de beschikking over de *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*; zie
G. 4,107, *supra*, n. 219.

303 *Supra*, n. 148.

een veroordelend vonnis had uitgesproken, zou de eiser daarna alsnog de *condictio furtiva* hebben kunnen instellen? Deze vraag wordt door Pomponius niet beantwoord. Wij weten evenwel dat de actieve legitimatie tot de *condictio furtiva* volgens Ulpianus wegviel op het moment dat de eigenaar zijn eigendomsrecht door eigen toedoen (*domini facto*), zoals door vervreemding (*alienatio*), had verloren.³⁰⁴ Het is goed denkbaar dat de vaststelling van de *litis aestimatio* leidde tot verkrijging van de eigendom voor de bezitter,³⁰⁵ en dat dit eigendomsverlies aan de eigenaar zou zijn toegerekend, zodat hij op dat moment ook de *condictio* verloor. De *remissio* zal in dit geval slechts betrekking hebben gehad op de periode tussen het *arbitrium* en de betaling van de in het vonnis vastgestelde *litis aestimatio*.³⁰⁶ Wanneer de bezitter door de vaststelling van de *litis aestimatio*³⁰⁷ echter geen eigenaar zou zijn geworden, maar slechts verjaringsbezitter,³⁰⁸ zoals een groter aantal teksten uitwijst,³⁰⁹ dan zou de prijsgeve van de *condictio furtiva* ook na de betaling van de *litis aestimatio* van belang zijn geweest. In dit geval zou de eiser na ontvangst van de *litis aestimatio* immers eigenaar zijn gebleven, en gelegitimeerd zijn gebleven tot de *condictio furtiva* tegen de dief.

-
- 304 D. 13,1,10,2 (Ulpianus, *libro trigensimo octavo ad edictum*): ‘Tamdiu autem conductioni locus erit, donec domini facto dominium eius rei ab eo recedat: et ideo si eam rem alienaverit, condicere non poterit.’ (‘De *condictio* staat slechts zolang ter beschikking, totdat de eigendom door een handeling van de eigenaar verloren raakt; als hij de zaak zal vervreemden, dan zal hij niet kunnen condiceren.’) Voor overdracht van een *res Mancipi* was immers geen bezitsverschaffing vereist; ook kan worden gedacht aan de vrijlating van een gestolen slaaf; zie Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 39.
- 305 In D. 6,1,46 (Paulus) wordt deze vaststelling van de *litis aestimatio* als een *transactio* tussen eigenaar en bezitter aangemerkt op grond waarvan de eigendom onmiddellijk (*statim*) aan de bezitter toevalt.
- 306 In deze zin Siber, *Passivolegitimation*, p. 141, op grond van D. 6,1,46. Zie ook Smith, *Unjustified Enrichment*, p. 592.
- 307 Vanaf welk moment werd de gedaagde ‘als koper’ (*pro emptore*) van de zaak aangemerkt? Was dit vanaf de vaststelling van de *litis aestimatio* door middel van de uitspraak van de rechter, of pas door de daadwerkelijke betaling van de *litis aestimatio*? Kaser, *RP I*, p. 437; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 377, beantwoordt deze vraag in eerste zin, maar voor de beantwoording van deze vraag in laatste zin spreekt D. 25,2,22 *pr.*, waar Julianus stelt dat met betrekking tot de *actio rerum amotarum* aan de echtgenote, nadat de *litis aestimatio* is voldaan (‘aestimationem litis praestiterit’) een verweermiddel tegen de echtgenoot toekomt. Hetzelfde blijkt uit D. 6,2,7,1, waarin Ulpianus onder verwijzing naar de opvatting van Julianus de *actio publiciana* aan de gedaagde toekent ‘si optulit reus aestimationem litis.’ Dit betekent dat de gedaagde de *litis aestimatio* moest hebben aangeboden.
- 308 De dief kon als verjaringsbezitter worden beschouwd, ook al was de zaak niet in de macht van de eigenaar teruggekeerd (*reversio*), zolang de *litis aestimatio* maar was betaald. Zo’n *reversio* was in beginsel vereist teneinde een zaak van het predicaat van *res furtiva* te ontdoen en opnieuw voor verkrijgende verjaring geschikt te maken, *supra*, n. 148. Zie hierover: Jansen, *GrOM* 23, p. 99. Zie D. 41,3,4,13 (Paulus); D. 47,2,85(84) (Paulus).
- 309 Zie D. 6,2,7,1 (Ulpianus); D. 25,2,22 *pr.* (Julianus); D. 41,4,1 (Gaius); D. 41,4,2,21 (Paulus). Zie hierover Kaser, *RP I*, p. 437, n. 54; Kaser/Hackl, *RZ*, p. 378, n. 23. Siber, *Passivolegitimation*, p. 141–42, trekt met betrekking tot D. 6,2,7,1 en D. 41,4,1 in twijfel dat de eiser eigenaar wordt, maar geeft dit wel toe voor D. 25,2,22 *pr.*

Eerst condictio, daarna rei vindicatio

Vervolgens bespreekt Pomponius de omgekeerde situatie waarin de eiser aanvankelijk de *condictio* had ingesteld en pas later wenste te revindiceren. De reden voor deze processtrategie kon zijn gelegen in de vrees het eigendomsbewijs niet direct rond te krijgen,³¹⁰ of in de wens een *actio ad exhibendum* te voorkomen en snel de waarde van de zaak vergoed te krijgen met de *condictio*. De *condictio* was geen arbitraire actie. De rechter had bij deze actie niet de mogelijkheid om een bemiddelende rol tussen partijen te vervullen en een veroordeling van een voorwaarde afhankelijk te maken, zoals de toezegging dat de eiser later niet alsnog zou revindiceren. Bovendien bracht een veroordeling in de *condictio* geen verandering aan in de eigendomsverhoudingen ten aanzien van de zaak.

Wanneer de eiser later alsnog de *rei vindicatio* instelde, omdat hij nu in staat was het eigendomsbewijs te leveren, voorkwam de *arbitraire fase* van de *rei vindicatio* ook hier dat de eiser een dubbele compensatie zou ontvangen. Pomponius geeft aan de rechter die over de *rei vindicatio* oordeelt, nadat reeds met de *condictio* was geprocedeerd, hiertoe een keuze. Ofwel hij moest de gedaagde van alles vrijspreken, ofwel hij diende het *iussum de restituendo* slechts uit te spreken onder de voorwaarde dat de eiser op zijn beurt de eerder op grond van de *condictio* verkregen opbrengst restitueerde.³¹¹

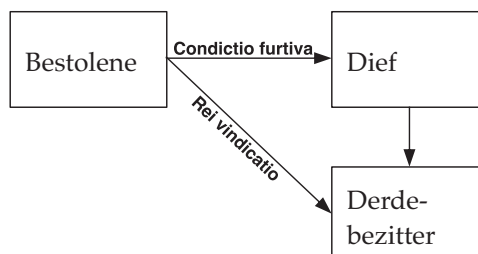
Het verbaast niet dat een directe vrijspraak niet Pomponius' voorkeur heeft. Net zoals een weigering de *condictio* prijs te geven in het *arbitrium*, zou een vrijspraak nadat de rechter in de *pronuntiatio* het eigendomsrecht van de eiser reeds bewezen had geacht, immers een verwijdering van eigendom en bezit tot gevolg hebben gehad.³¹² Daarom was het beter dat de rechter de eiser slechts tot de schattingseed toeliet onder de voorwaarde dat hij afstand deed van wat hij op grond van de *condictio* had verkregen. Een weigering van de eiser om het verkregen bedrag in de *condictio* af te staan, zal wel tot verwijdering van eigendom en bezit hebben geleid. Op dat moment was immers bewezen verklaard dat de eiser eigenaar was van de zaak, maar kon er geen veroordeling volgen, nu de eiser niet tot de schattingseed kon worden toegelaten. Nu de zaak een *res furtiva* was, kon deze niet door de dief op grond van verkrijgende verjaring in eigendom worden verkregen.

310 In deze zin: Jansen, *GrOM* 23, p. 98; zie over het eventuele bewijsvoordeel van de *condictio furtiva*, § 2.3.5, *supra*, p. 40.

311 Jansen, *GrOM* 23, p. 105, vergelijkt deze bescherming van de gedaagde met de sterkere, praetorische, bescherming van de bezitter die een *res Mancipi* door middel van *traditio* geleverd had gekregen, en dus geen eigenaar was geworden, maar wel bezig was door middel van verkrijgende verjaring eigenaar te worden (*usucapiens a domino*). Deze bezitter kon reeds bij de praetor een verweermiddel in het procesformulier laten opnemen.

312 De gestolen zaak was immers niet vatbaar voor verkrijgende verjaring door de dief; in deze zin ook: Levy, *Konkurrenz* II, p. 93; zie ook *supra*, n. 148.

Samenloop bij doorlevering aan een derde



De ambtsplicht van de rechter om een veroordeling in de *rei vindicatio* slechts uit te spreken onder de voorwaarde dat de eiser hetgeen hij op grond van de *condictio* had verkregen, zou restitueren, doet de volgende vraag rijzen. Wat was rechtens wanneer de eiser de *rei vindicatio* tegen een derde-bezitter instelde nadat hij reeds succesvol met de *condictio furtiva* had geprocedeerd tegen de dief?³¹³ Deze situatie is in het diagram hierboven weergegeven. Als de dief de gestolen zaak aan een derde had verkocht of geschonken en de eigenaar zijn zaak revindiceerde, werd de rechter voor de vraag gesteld of hij de eiser onder dezelfde voorwaarde – teruggave van hetgeen de eiser op grond van de *condictio* had ontvangen – tot de schattingseed moest toelaten, die hij zou hebben gesteld in het geval dat de gedaagde zélf op grond van de *condictio* was veroordeeld. Het antwoord op de vraag of de rechter hier restitutie van de opbrengst van de *condictio* als voorwaarde voor het uitspreken van het *iussum de restituendo* moest stellen, hangt af van het doel van de ambtsplicht van de rechter in het *arbitrium*. Was het doel van deze ambtsplicht gelegen in het voorkomen van een dubbele compensatie voor de eiser? In dat geval zou prijsgeving van hetgeen de eiser eerder had ontvangen ook tegenover een derde-bezitter een gerechtvaardigde voorwaarde zijn. Maar als deze ambtsplicht van de rechter alleen gold in het geval de gedaagde die de rechter op dat moment voor zich vond reeds in de *condictio* was veroordeeld, en de ambtsplicht er dus op was gericht dat dezelfde gedaagde niet tweemaal zou worden aangesproken, dan kon de eigenaar zonder bezwaar direct tot de schattingseed worden toegelaten – de derde-bezitter was immers niet eerder in de *condictio* veroordeeld. Voor deze laatste opvatting spreekt de tekst van Pomponius: de rechter dient ten aanzien van de gedaagde die reeds in de *condictio* de *litis aestimatio* had voldaan (*reus litis aestimationem sustulerit*), het *iussum de restituendo* slechts uit te spreken onder de voorwaarde van restitutie van dit eerder betaalde bedrag. Hoewel dit argument voor een drie-partijencasus niet per definitie doorslaggevend is, blijkt toch dat de voorwaarde van restitutie van het eerder in de *condictio* ontvangen bedrag in essentie is gebaseerd op het verweermiddel van de gedaagde dat hij deze som tevoren had voldaan. Pomponius heeft niet de wens een dubbele compensatie voor de eiser te voorkomen, maar een benadeling van de gedaagde in de *rei vindicatio*. Ook wanneer de eiser omgekeerd eerst met de *rei vindicatio* de derde-bezitter aansprak, zou hij niet kunnen worden verplicht tot afstand van de *condictio* die hij nog tegen de dief had. De derde-bezitter zal immers geen belang hebben gehad de eiser

313 Zie over de omgekeerde situatie bij een pluraliteit van eisers in D. 46,3,38,1, *infra*, p. 74.

afstand te laten doen van een *condictio* die niet tegen hem was gericht. Hoewel deze uitkomst strikt genomen juist is, is deze toch niet ideaal. In het geval dat de derde-bezitter was veroordeeld in de *rei vindicatio*, kon hij de dief, die de zaak aan hem had verkocht, in vrijwaring oproepen omdat hij in zijn bezit van de zaak gestoord was.³¹⁴ Het risico van insolventie van de dief kwam dan evenwel bij de derde-bezitter te liggen met het gevaar dat hij achterbleef met een schadepost, terwijl de eigenaar tweemaal de waarde van zijn zaak vergoed had gekregen. Dit zou kunnen leiden tot zowel een 'ongerechtvaardigde verrijking' voor de eigenaar, en van zijn concurrente schuldeisers, als een verarming voor de koper. Wanneer de bestolene de zaak zelf had teruggekregen zonder dat deze in waarde was gedaald, had de dief bovendien, ongeacht of hij door de koper in vrijwaring was opgeroepen, de mogelijkheid om op zijn beurt een *condictio sine causa* in te stellen tegen de eigenaar, nu de grondslag van zijn veroordeling in de *condictio* was weggevallen. Ter ondersteuning van deze stelling kan een beroep worden gedaan op de tekst van Ulpianus waarin een eigenaar de diensten van een voller had ingehuurd om zijn kleding te wassen; deze kledingstukken werden gestolen, waarna de voller een vergoeding aan de eigenaar betaalde. Nadat de eigenaar de kledingstukken zelf had teruggevonden, kon de voller de door hem betaalde vergoeding met de *condictio sine causa* terugvorderen, nu de rechtsgrond voor zijn betaling was weggevallen.³¹⁵ Ook in het hier besproken geval ligt het in de rede dat de dief die reeds in de *condictio* was veroordeeld de eigenaar kon aanspreken met de *condictio sine causa* zodra de eigenaar zijn zaak terug had gekregen. Nu blijkt dat zowel de derde-bezitter een actie heeft tegen de dief, en de dief op zijn beurt een *condictio sine causa* heeft tegen de eigenaar, zou het wenselijk zijn dat de rechter het *iussum de restituendo* tegen de derde-bezitter pas zou hebben kunnen uitspreken op het moment dat de eigenaar bereid was het bedrag te restitueren dat hij eerder in de *condictio* van de dief had verkregen. De contractuele actie na uitwinning en de *condictio sine causa* zouden hierdoor overbodig zijn en de uiteindelijke gewenste verdeling van middelen zou sneller worden bereikt, zonder insolventierisico's.³¹⁶ Toch ligt restitutie van het eerder ontvangen bedrag hier, gezien de beperking van het *arbitrium*, niet in de rede.

Vergoeding van de waardestijging van de gestolen zaak

Wij keren terug naar de casus van Pomponius' tekst,³¹⁷ waarin de litigieuze zaak in waarde was gestegen nadat één reïpersecutoire actie was ingesteld. Pomponius laat de vraag of de volgorde waarin beide acties werden ingesteld van belang was voor de mogelijkheid om deze waardestijging alsnog te kunnen vorderen, uiteindelijk helaas onbeantwoord. Deze hogere waarde kwam op grond van de *condictio* voor vergoeding in aanmerking, ook wanneer de gestolen slaaf die tot erfgenaam was benoemd inmiddels was overleden,³¹⁸ maar indien de eiser in de *rei vindicatio* afstand had gedaan van

314 Zimmermann, *Obligations*, p. 293 sq.

315 D. 12,7,2 (Ulpianus); zie Zimmermann, *Obligations*, p. 855.

316 Jansen, *GrOM* 23, p. 110, bepleit deze oplossing voor het Nederlandse recht; zie nader, § 5.6.3, *infra*, p. 243 sq., in het bijzonder de tekst bij n. 382.

317 *Supra*, p. 59.

318 D. 47,2,52,28, *supra*, n. 174

de *condictio*, ontnam dit hem de mogelijkheid deze latere waardestijging alsnog op grond van de *condictio* te vorderen. Wanneer de eiser er niet zeker van was of er nog een nalatenschap zou openvallen ten gunste van de slaaf, deed hij er verstandig aan om in het *arbitrium* van de *rei vindicatio* slechts afstand te doen van de *condictio* onder de voorwaarde dat zich later geen waardestijging van de gecondiceerde zaak zou realiseren. Als zo'n voorwaarde zou zijn toegelaten, gold deze wellicht slechts tot de veroordeling in de *rei vindicatio*, als de eiser op dat moment de eigendom van de slaaf verloor, en daarmee ook het recht om aan de slaaf opdracht te geven tot aanvaarding van een erfenis.³¹⁹ Wanneer de eiser daarentegen eerst met de *condictio* had geprocedeerd, kon hij, omdat zijn eigendomsrecht voortduurde, zolang de slaaf leefde aanspraak maken op de opengevallen erfenis. De eiser had dus baat bij een processtrategie waarbij hij de waarde die de slaaf volgens hem op dat moment vertegenwoordigde, eenvoudig via de *condictio* kon vorderen, en vervolgens de tijd kon nemen om naspeuringen te verrichten naar eventuele erfenissen die ten gunste van de slaaf zouden kunnen openvallen en die hij, in het geval de dief afgifte weigerde, tot uitdrukking kon brengen in de schattingseed van de *rei vindicatio* die hij dan alsnog kon instellen.

§ 2.4.5 Slot

Tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* deed zich geen directe procesconsumptie voor. Het instellen van de ene actie bracht niet het tenietgaan van de andere actie met zich mee. Het was evenwel niet wenselijk dat de eiser tweemaal met succes zou kunnen procederen. Uit D. 47,2,9,1 (Pomponius) volgt dat alleen op indirecte wijze, vanwege de ambtsplicht van de rechter die over het geding in de *rei vindicatio* besliste, kon worden voorkomen dat de eiser twee keer de waarde van de gestolen zaak vergoed zou krijgen. De samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* werd zo gekenmerkt door een indirecte procesconsumptie. In beginsel cumuleerden beide acties, maar door rechterlijke interventie werd bewerkstelligd dat de rechtsgevolgen van beide acties, althans in twee-partijen-verhoudingen, slechts alternatief intraden.

§ 2.5 SAMENLOOP BUITEN DE *CONDICTIO FURTIVA*

§ 2.5.1 Inleiding

Hiervoor is de wijze besproken waarop samenloop tussen *rei vindicatio* en *condictio furtiva* zich in het procesrecht manifesteerde. De vraag rijst evenwel of deze samenloop beperkt is gebleven tot gevallen waarin de gedaagde zich aan het delict *furtum* schuldig had gemaakt. Bood de *condictio* ook buiten

319 Als de gedaagde slechts verjaringsbezitter werd, *supra*, n. 309, speelde dit probleem niet.

het geval van diefstal voordelen ten opzichte van de *rei vindicatio*? En werd de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht was gericht ook in andere, niet aan diefstal gerelateerde, gevallen doorbroken?

§ 2.5.2 *Condictio* na ontvreemding door een slaaf in D. 18,1,29 (Ulpianus)

Het *peculium* was het ‘werkkapitaal’ dat de slaaf in staat stelde om zelfstandig rechtshandelingen te verrichten, maar dat juridisch gezien onderdeel bleef uitmaken van het vermogen van de meester.³²⁰ Ulpianus bespreekt de verkoop van een slaaf die een zaak heeft weggenomen uit het *peculium* dat zijn meester aan hem ter beschikking heeft gesteld:

D. 18,1,29: ‘Steeds wanneer een slaaf wordt verkocht, wordt hij niet met het *peculium* vervreemd. En de slaaf schijnt niet met het *peculium* te zijn vervreemd, ongeacht of het *peculium* nu wel of niet van de koop was uitgesloten. Wanneer een zaak die onderdeel uitmaakt van het *peculium* door de slaaf is ontvreemd, kan men condiceren, alsof het een gestolen zaak betrof; en dit is het geval wanneer de zaak zich onder de koper bevindt.’³²¹

Ulpianus stelt dat het *peculium* niet in de koop van een slaaf was inbegrepen wanneer hier in de koopovereenkomst niets over was bepaald.³²² Vervolgens behandelt hij de vraag of de voormalige meester de *condictio* kan instellen vanwege een zaak die een slaaf heeft weggenomen uit zijn *peculium* (een *res peculiaris*). Mogelijk had de slaaf de zaak weggenomen in de periode dat hij aan zijn voormalige meester toebehoorde, maar het is ook denkbaar dat de slaaf zijn geldbuidel op het moment van de overdracht niet had teruggegeven.³²³ Uit het feit dat Ulpianus van een *res peculiaris* spreekt en dit *peculium* na overdracht had opgehouden te bestaan, kan worden afgeleid dat de slaaf de zaak in ieder geval niet ná de overdracht had weggenomen.

Ulpianus stelt dat de voormalige meester een *condictio quasi furtiva*, ‘als het ware vanwege diefstal,’ heeft tegen de koper. Nu tussen een meester en zijn slaaf geen enkele actie kon ontstaan,³²⁴ leidde het wegnemen van de

320 Zie Kaser, *RP I*, p. 287, 606.

321 D. 18,1,29 (Ulpianus, *libro quadragensimo tertio ad Sabinum*): ‘Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo sive non sit exceptum, sive exceptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur. Unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest videlicet quasi furtiva: hoc ita, si res ad emptorem pervenit.’

322 Overdracht van het *peculium* diende dus uitdrukkelijk te worden bedongen; zie ook D. 21,2,3 (Paulus); Buckland, *Slavery*, p. 41. Cf. D. 19,1,30 pr. (Africanus, *libro octavo quaestionum*) waarin een slaaf die zijn meester heeft bestolen mét zijn *peculium* wordt verkocht: ‘Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. [...]’

323 In die zin: Buckland, *Slavery*, p. 41.

324 Zie G. 4,78: ‘Sed si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest.’ Zie hierover Buckland, *Slavery*, p. 107.

zaak niet tot een delictuele aansprakelijkheid³²⁵ die op grond van de regel *noxia caput sequitur*³²⁶ op de nieuwe meester overging.³²⁷ Van een 'gewone' *condictio furtiva* is daarom geen sprake.³²⁸ Dat op de nieuwe meester geen delictuele aansprakelijkheid rustte, betekende echter niet dat hij de zaak die de slaaf uit het *peculium* had weggenomen, mocht houden. Hij kon niet alleen met de *rei vindicatio* worden aangesproken, maar ook met de *condictio*. Nu er in dit geval geen delict was gepleegd, spreekt Ulpianus van de *condictio quasi furtiva*.

De koper van de slaaf was slechts aansprakelijk als de weggenomen zaak zich bij hem bevond (*si res ad emptorem pervenit*).³²⁹ Zijn aansprakelijkheid werd beperkt tot de bij hem aanwezige 'verrijking'.³³⁰ Alleen wanneer de onvreemde zaak aan de koper was 'toegevallen,' was hij aansprakelijk. Het was dus, net als bij de *condictio furtiva*, niet vereist dat de gedaagde *eigenaar* was geworden van de zaak; ook wanneer hij slechts het bezit van de gestolen zaak had verkregen, was hij aansprakelijk.³³¹ Anders dan bij de *condictio furtiva* hield de aansprakelijkheid van de meester op wanneer de gedaagde niet langer in het bezit was van de zaak. Deze beperking van de aansprakelijkheid tot *id quod ad eum pervenit* gold ook wanneer op de meester wél een delictuele aansprakelijkheid was komen te rusten:

D. 13,1,4: 'Als een slaaf of een gezagsonderworpen zoon diefstal zal hebben gepleegd, moet de meester met de *condictio* worden aangesproken met betrekking tot hetgeen bij hem berust; met betrekking tot het overige kan de meester de slaaf uitleveren.'³³²

325 De nieuwe meester beging evenmin zelf een delict door een slaaf te kopen die een zaak had weggenomen uit het *peculium* van zijn voormalige meester; in deze zin ook: Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 94: 'Denn der Käufer selbst hat kein *furtum* begangen. Das Delikt des Sklaven wird ihm auch nicht zugerechnet.'

326 Letterlijk: 'de onrechtmatige daad volgt de man.' Zie Daube, *CLJ* 7, p. 54; Kaser, *RP* I, p. 630-34; Buckland, *Slavery*, p. 106. Op grond van deze regel kwamen de delictuele aansprakelijkheden die een slaaf in het verleden had 'opgelopen' te rusten op degene die op dat moment eigenaar was van de slaaf; deze had de mogelijkheid om de boete te betalen of de slaaf bij wijze van *noxae deditio* over aan de eiser over te dragen. Deze regel is verwoord in D. 47,1,1,2 (Ulpianus).

327 In die zin: Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 116; Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 94.

328 Anders: Huvelin, *Furtum* I, p. 605.

329 De slaaf zelf was niet met de *condictio* aansprakelijk; zie D. 13,1,15 (Celsus, *libro duodecimo digestorum*): '[...] condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit.'

330 Deze limitering blijkt uit de slotwoorden *si res ad emptorem pervenit*: 'als de zaak zich bij de koper bevindt.' In dit geval was de *condictio* dus wel een echte 'verrijkingsactie' in die zin dat niet de verkregen, maar de behouden vermogenswaarde van belang was. Er zij overigens op gewezen dat de meester van de slaaf, als hij de onvreemde zaak had verkocht en deze was tenietgegaan, nog steeds kon worden aangesproken, maar dan met een actie uit zaakwaarneming voor de door hem ontvangen koopprijs; zie D. 3,5,48(49) (Africanus); zie hierover Zimmermann, *Obligations*, p. 877; Zwolve, *NTBR* 12, p. 158.

331 Zie het gebruik van *pervenire* in D. 12,1,19,1; D. 12,7,1,3; D. 13,1,4; D. 13,1,9; D. 19,1,30 pr.

332 D. 13,1,4 (Ulpianus, *libro quadragensimo primo ad Sabinum*): 'Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest.'

In dit geval had een gezagsonderworpen persoon zich aan diefstal schuldig gemaakt, maar nu hij dit delict tegenover een derde had gepleegd was op de meester wel een delictuele aansprakelijkheid komen te rusten. Uit deze tekst blijkt dat de meester met de *condictio* aansprakelijk was voor zover de gestolen zaak bij hem berustte, en dat indien de waarde van de gestolen goed uitsteeg boven de waarde van hetgeen de meester hiervan onder zich had gekregen, hij de slaaf voor 'dit overige' (*in residuum*) kon uitleveren. Deze mogelijkheid van uitlevering van de slaaf, een *noxae deditio*, was hier niet, zoals normaal gesproken, verbonden aan de delictuele *actio furti*, maar aan de niet-delictuele *condictio furtiva*.³³³

De vraag of de meester van de slaaf die een zaak had gestolen aansprakelijk was met de *condictio*, was dus niet afhankelijk van het antwoord op de vraag of de meester ook met de *actio furti* aansprakelijk was. In de eerste tekst rust op de meester geen delictuele aansprakelijkheid en wordt een *condictio quasi furtiva* ter beschikking gesteld; in het tweede geval rust op de meester wel een delictuele aansprakelijkheid, maar in beide gevallen bestaat er een gelijke aansprakelijkheid op grond van de *condictio (quasi) furtiva*, met als enige verschil dat in het tweede geval een *noxae deditio* mogelijk is.

§ 2.5.3 *Condictio* na verboden schenking in D. 46,3,38,1 (Africanus)

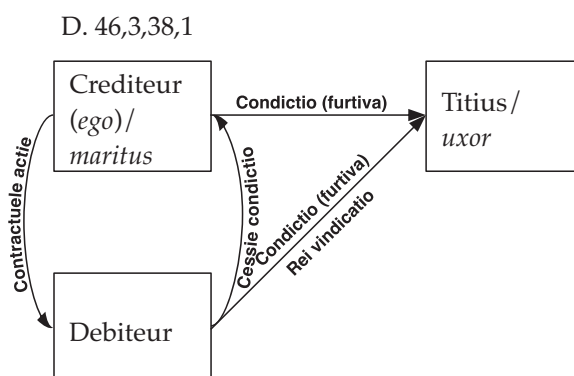
Ook de volgende tekst van Africanus illustreert dat samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* zich zowel in delictuele als niet-delictuele situatie kon voordoen:

D. 46,3,38,1: 'Als ik mijn debiteur heb bevolen om aan Titius te betalen, en ik Titius vervolgens heb verboden om de betaling in ontvangst te nemen, en als de debiteur, terwijl hij hiervan niet op de hoogte was, zal hebben betaald, dan stelt hij³³⁴ dat [de debiteur] slechts dan wordt bevrijd, indien Titius de munten niet zal hebben ontvangen met de bedoeling zich te verrijken. Als dat wel het geval was, dan zouden [de munten] van de debiteur zijn gebleven omdat er diefstal van was gepleegd, en daarom kan men niet beweren dat de debiteur van rechtswege zou zijn bevrijd, maar is het billijk om aan hem een verweermiddel ter beschikking te stellen, als hij zich bereid verklaart de *condictio furtiva*, die hij tegen Titius heeft, aan mij te cederen. – Hetzelfde geldt wanneer een echtgenoot, om een schenking aan zijn echtgenote te verrichten, aan zijn debiteur de opdracht geeft om haar te voldoen: want ook hier wordt de debiteur niet bevrijd, omdat de munten geen eigendom van de echtgenote worden, maar er moet aan

333 Zie Kaser, *RP I*, p. 633. Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 90, acht een *condictio noxalis* in strijd met het zaaksvervolgende karakter van de *condictio*. Dat hoeft niet het geval te zijn, want de gedaagde was niet aansprakelijk voor een *boete*. Pas als dat het geval zou zijn, zou men met recht kunnen spreken dat er sprake is van een poenale, en niet van een reïpersecutoire actie.

334 Africanus verwijst naar de opvatting van Salvius Julianus, die waarschijnlijk zijn leermeester was; zie Kunkel, *Die Römischen Juristen*, p. 172; Buhl, *SZ 2*, p. 194.

hem een *exceptio* tegen de echtgenoot worden gegeven, onder de voorwaarde dat hij de *condictio* die hij tegen de echtgenote heeft, cedeert. Toch komt de *actio furti* in dit geval na de scheiding aan mij toe, omdat het in mijn belang is dat het geld niet wordt verduisterd.³³⁵



In de eerste helft van deze tekst bespreekt Africanus de situatie waarin een schuldeiser aan zijn schuldenaar opdracht heeft gegeven om te betalen aan Titius, maar hij Titius' bevoegdheid tot incasso op het moment van betaling, buiten medeweten van de debiteur, weer had ingetrokken. Deze casus is hierboven schematisch weergegeven. De vraag rijst of de debiteur jegens zijn crediteur was bevrijd. Africanus onderscheidt hierbij twee gevallen naar gelang Titius' wetenschap van het onverschuldigde karakter van de betaling. Als Titius *wist* dat zijn bevoegdheid tot inning was ingetrokken, en hij de betaling dus in ontvangst had genomen met de bedoeling zichzelf te verrijken, pleegde hij diefstal van de munten. De debiteur bleef in dat geval eigenaar van de munten,³³⁶ en werd niet van zijn schuld bevrijd. Als Titius deze wetenschap echter *niet* had en de munten te goeder trouw had aangenomen, om ze vervolgens aan de schuldeiser af te staan, ging de eigendom wel over en werd de debiteur van zijn schuld bevrijd. In het eerste geval acht Africanus het billijk dat de debiteur, wanneer hij door zijn schuldeiser nog-

335 D. 46,3,38,1 (Africanus, *libro septimo quaestionum*): 'Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur. Alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit conditionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare. – Sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si conditionem, quam adversus mulierem habet, praestet. Furti tamen actionem in proposito mihi post divortium competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse.'

336 Zie ook D. 13,1,18, *supra*, n. 266.

maals tot voldoening wordt aangesproken, een verweermiddel kan opwerpen, mits hij bereid was tot cessie van de *condictio furtiva* die hij tegen Titius had.³³⁷

Waar de eerste helft van de tekst slechts een voorbeeld biedt van samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*, is vooral het tweede deel interessant. In aansluiting op de betaling aan een *procurator* wiens incassobevoegdheid was ingetrokken, bespreekt Africanus de schenking die een echtgenoot aan zijn echtgenote had willen doen. Ter voldoening hieraan had hij zijn schuldenaar opdracht gegeven om aan zijn echtgenote te betalen. De echtgenoot stond dus de constructie van *delegatio solvendi* voor ogen: hij wilde door middel van deze opdracht zowel betaling van zijn schuldenaar ontvangen als zich van zijn eigen schuld jegens zijn echtgenote kwijten.³³⁸ De schenking was echter nietig wegens strijd met het verbod op schenkingen tussen echtgenoten.³³⁹ Dit verbod, dat onderdeel uitmaakte van de huwelijkswetgeving van keizer Augustus, beoogde te voorkomen dat echtgenoten 'uit wederkerige liefde door onmatige giften onderling zouden worden geplunderd.'³⁴⁰ Een gift die in strijd kwam met dit verbod had daarom geen enkel effect.³⁴¹ Uit de tekst van Africanus blijkt inderdaad dat de debiteur eigenaar bleef van de munten die hij aan de echtgenote had betaald,³⁴² en dat hij daarom niet jegens zijn crediteur was bevrijd.³⁴³ Aan de debiteur stond dus,³⁴⁴ indien die munten nog niet waren geconsumeerd, de *rei vindicatio* ter beschikking, maar bovendien, en dat is opvallend in een niet-delictuele context, een *condictio*. Wij zien immers dat de debiteur kan revindiceren en zich jegens de crediteur kan verweren op voorwaarde dat hij zijn *condictio* cedeert. In dit geval ging het, anders dan bij de betaling aan de vertegenwoordiger wiens bevoegdheid tot inning was ingetrokken, niet om een *condictio furtiva*. De echtgenote werd niet geacht op de hoogte te zijn van

337 Cf. D. 47,2,81(80),7, *supra*, n. 260. Waar de cessie van de *condictio furtiva* in die tekst het wisselgeld was voor het succesvol instellen van de actie uit zaakwaarneming door de debiteur tegen de principaal, is de rechtvaardiging van de cessie hier gelegen in een verweermiddel van de debiteur tegen de actie van de principaal.

338 Zie over *delegatio solvendi*: Zwalve, *Qui solvit alii*, p. 15.

339 Zie hierover: Zimmermann, *Obligations*, p. 485–86; Jonkers, *Onwettigheid*, p. 27–30.

340 D. 24,1,1 (Ulpianus, *libro trigensimo secundo ad Sabinum*): '[...] ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes [...].'

341 D. 24,1,3,10 (Ulpianus, *libro trigensimo secundo ad Sabinum*): '[...] ut ipso iure nihil valeat quod actum est [...].'

342 Zie hierover Kaser, *TvR* 29, p. 224.

343 Africanus' leermeester Julianus was dezelfde opvatting toegedaan; zie D. 24,1,39. De vraag zou kunnen rijzen of bevrijding alsnog optrad in geval van consumptie van de munten door de echtgenote. Dat lijkt niet het geval te zijn, gezien het feit dat het schenkingsverbod elke handeling in strijd daarmee nietig verklaarde.

344 Africanus noemt de *rei vindicatio* in beide gevallen niet, maar nu er geen eigendom overging, moet deze actie ook ter beschikking hebben gestaan. Kaser, *Fs. Felgentraeger*, p. 290, n. 77, stelt dat de *rei vindicatio* van munten, gezien het eigendomsbewijs, minder praktisch was dan de *condictio*, en om die reden niet genoemd wordt.

het schenkingsverbod – zij kon immers geen rechtsdwaling begaan³⁴⁵ – en zij maakte zich daarom door het geld in ontvangst te nemen niet aan diefstal schuldig.³⁴⁶

Een echtgenote kon zich niet aan diefstal schuldig maken, maar kon wel aansprakelijk worden gesteld op grond van de *actio rerum amotarum*, de actie ter zake van onvreemde zaken.³⁴⁷ Waar de *actio rerum amotarum* van toepassing was na een scheiding, kon de echtgenoot zaken die staande het huwelijk waren weggenomen, met de *condictio* opeisen.³⁴⁸ Ook in dit geval, dat aan diefstal is verwant, concurreerden de *rei vindicatio* en de *condictio*.³⁴⁹

Bij zowel de betaling aan de *procurator* als de betaling aan de echtgenote deed zich samenloop voor tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* en kon de debiteur, wanneer hij door zijn crediteur tot betaling werd aangesproken, zich verweren met een *exceptio doli*,³⁵⁰ op voorwaarde dat hij zijn *condictio* cedeerde. Deze cessie van de *condictio* werd niet afhankelijk gemaakt van consumptie van de munten door de echtgenote. Als er nog geen consumptie had plaatsgevonden, deed zich samenloop voor tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. Het valt op dat wanneer het de echtgenoot zélf was geweest die de donatie had verricht, de *condictio* wel pas na consumptie beschikbaar kwam, zoals gebruikelijk was.³⁵¹ De *condictio* werd volgens Ulpianus gelimiteerd tot de mate waarin de echtgenoot of echtgenote was verrijkt:

D. 24,1,5,18: 'Met betrekking tot schenkingen die echter op grond van het civiele recht zijn verboden kan de schenking in die mate worden teruggevorderd van hem of van haar aan wie geschonken is, dat als de zaak bestaat, er kan worden gerevindiceerd, en dat als de zaak geconsumeerd is, er kan worden gecondiceerd in zoverre hij of zij is verrijkt.'³⁵²

345 D. 22,6,9 pr. (Paulus, *libro singulari de iuris et facti ignorantia*): '[...] Quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed iuris ignorantia, non laeduntur. [...]' Zie ook Girard/Senn, *Manuel élémentaire*, p. 657: 'ce qui exclut, croyons-nous, l'action au cas d'erreur excusable, sauf pour les personnes inexpérimentées réputées ignorantes de la loi.'

346 In deze zin ook: Kaser, *Fs. Felgentraeger*, p. 290, n. 77, die spreekt van de '*condictio ex iniusta causa*, die aus dem Schenkverbot unter Ehegatten folgt.' Kaser komt hiermee terug op zijn eerdere opvatting in *TvR* 29, p. 224, n. 186, waar hij nog uitgaat van een *condictio ex causa furtiva*.

347 D. 25,2,1 (Paulus).

348 D. 25,2,25 (Marcianus).

349 Zie D. 25,2,24 (Ulpianus, *libro quinto regularum*): 'Ob res amotas vel proprias viri vel etiam dotales tam vindicatio quam condictio viro adversus mulierem competit, et in potestate est, qua velit actione uti.'

350 Africanus noemt overigens slechts een niet nader aangeduide *exceptio*.

351 Zie onder andere D. 12,6,29, *supra*, n. 94.

352 D. 24,1,5,18 (Ulpianus, *libro trigensimo secundo ad Sabinum*): 'In donationibus autem iure civili impeditis hactenus revocatur donum ab eo ab eave cui donatum est, ut, si quidem exstet res, vindicetur, si consumpta sit, condicatur hactenus, quatenus locupletior quis eorum factus est.'

De vraag rijst waarom Ulpianus in een twee-partijen-relatie niet, maar Africanus in een drie-partijen-relatie wel uitgaat van samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. Het ligt voor de hand dat Africanus veronderstelt dat meestal consumptie van de munten had plaatsgevonden en dat de *rei vindicatio* dus in de praktijk niet meer beschikbaar was. Ook Africanus zou de *condictio* dus afhankelijk maken van het verval van de *rei vindicatio*. Deze theorie valt echter niet te rijmen met het feit dat Africanus eigendomsoverdracht van de munten ontkent en dit als reden aandraagt voor de niet-bevrijdende betaling. Wij mogen er dus van uitgaan dat de debiteur nog eigenaar was van de munten. De reden dat de *condictio* naast de *rei vindicatio* ter beschikking werd gesteld was ook niet dat alleen de *condictio* vatbaar zou zijn voor cessie. Ook de *rei vindicatio* kon immers worden gecedeerd.³⁵³ Wellicht was de reden dat de *condictio* in deze drie-partijen-situatie naast de *rei vindicatio* ter beschikking werd gesteld gelegen in het feit dat het, in de relatie tussen de echtgenoot en de debiteur, onzeker was of de munten waarmee was betaald, reeds waren geconsumeerd. In de tekst van Ulpianus, waarin de echtgenoten direct tegen elkaar procedeerden, was het mogelijk om door middel van een *actio ad exhibendum* het bezit van de, niet geconsumeerde, munten vast te stellen. In het proces tussen de echtgenoot en de debiteur was er echter geen manier om te achterhalen of de echtgenote de munten nog voorhanden had en zo te beoordelen of cessie van de *rei vindicatio* nog zin had. Cessie van de *rei vindicatio* zou immers geen effect sorteren wanneer zich reeds consumptie van de munten had voorgedaan. Het was daarom beter het zekere voor het onzekere te nemen en ervan uit te gaan dat de echtgenote de munten had geconsumeerd. Net zoals bij de *condictio furtiva* het geval was,³⁵⁴ was in het wegnemen van de onzekerheid over het bestaan van de munten het voordeel van samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* gelegen.

Wanneer de debiteur de *condictio* aan de echtgenoot had gecedeerd, doet zich de interessante situatie voor dat de *rei vindicatio* aan de debiteur ter beschikking bleef staan, zolang er nog geen consumptie van de munten had plaatsgevonden. De debiteur lijkt laakbaar te handelen door te revindiceren: hij had zich na cessie van de *condictio* immers bevrijd van zijn schuld en had dus geen 'belang' meer bij de *rei vindicatio*. Dit neemt niet weg dat de *rei vindicatio* en de *condictio* ook in dit geval samenliepen, maar niet in één hand waren verenigd. De vraag rijst daarom ook hier of deze samenloop kon worden opgelost door middel van indirecte consumptie.³⁵⁵ Het spiegelbeeld van deze vraag kwam reeds aan de orde in het geval waarin er aan de *passieve* zijde van beide vorderingen meer partijen

353 Zie D. 18,1,35,4 (Gaius); D. 6,1,63 (Papinianus) over de *rei vindicatio*, waarover Levy, SZ 43, p. 530. Zie ook Girard/Senn, *Manuel élémentaire*, p. 780, n. 1; Zwalf, *Fs. Schrage*, p. 441, n. 1.

354 Zie § 2.3.3, *supra*, p. 32.

355 Zie over indirecte procesconsumptie § 2.4.4, *supra*, p. 57 sq. Deze samenloop tussen acties tegen meer gedaagden speelt ook een rol in het kader van D. 12,6,15,1, *infra*, p. 92.

stonden: de solvent kon de *condictio furtiva* instellen tegen de dief en de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter.³⁵⁶ In dat geval lag het in de rede dat zich geen indirecte consumptie kon voordoen omdat de arbitraire rol van de rechter in de *rei vindicatio* slechts de plicht behelsde om de eiser afstand te laten doen van de *condictio* die hij nog tegen déze gedaagde ter beschikking had, of de gedaagde afstand te laten doen van hetgeen déze gedaagde tevoren in de *condictio* had betaald. Gold iets anders in het geval waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* aan verschillende eisers ter beschikking stonden tegen dezelfde gedaagde? De echtgenote die in de *rei vindicatio* werd gedaagd zal er zeker baat bij hebben gehad om niet bloot te staan aan het risico om later alsnog door de echtgenoot met de *condictio* te worden aangesproken. Het probleem was echter dat de debiteur die de *rei vindicatio* tegen de echtgenote instelde de *condictio*, die hij inmiddels aan de echtgenoot had gecedeerd, niet meer kon prijsgeven. De debiteur kon weliswaar door middel van een garantie instaan voor de gevolgen als de echtgenoot later de *condictio* zou instellen, maar het lag niet meer in zijn macht te voorkomen dat de echtgenoot dit zou doen. De echtgenoot zal bovendien zeker hebben gecondiceerd teneinde 'zijn donatie' terug te krijgen – dit was precies de reden dat hij zich de *condictio* had laten cederen. Wanneer dat gebeurde, zal de echtgenote de debiteur weliswaar op zijn garantie hebben kunnen aanspreken, maar nu zij het insolventierisico van de debiteur droeg, bevond zij zich in een ongunstiger positie dan als de rechter afstand van de *condictio* als voorwaarde had kunnen stellen voor het uitspreken van het *iussum de restituendo*. Ook in het omgekeerde geval waarin de echtgenoot met de *condictio* procedeerde, en de debiteur daarna zijn munten wenste te revindiceren, kon de vraag rijzen of de echtgenote in het *arbitrium* van de *rei vindicatio* kon verlangen dat de debiteur haar schadeloos stelde voor het bedrag dat zij reeds in de *condictio* aan de echtgenoot had betaald. Vóór deze oplossing spreekt dat de debiteur zich dan niet zou kunnen verrijken ten opzichte van de echtgenote. Inderdaad zou het in de rede liggen dat de rechter in dít geval slechts een *iussum de restituendo* zou uitspreken wanneer de debiteur bereid zou zijn de echtgenote schadeloos te stellen voor het bedrag dat zij in de *condictio* aan de echtgenoot voldeed. In de praktijk zou de *rei vindicatio* dan met gesloten beurzen kunnen worden afgedaan. Anders dan in het hiervoor besproken geval waarbij de *rei vindicatio* en de *condictio* tegen verschillende gedaagden werden ingesteld, heeft de gedaagde in de *rei vindicatio* in dit geval wél zelf eerder een bedrag in de *condictio* betaald. In dit geval is dus voldaan aan de voorwaarde die Pomponius in D. 47,2,9,1 voor restitutie van het in de *condictio* ontvangen bedrag stelt: *si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit*.³⁵⁷ De echtgenoot is tevoren in de *condictio* veroordeeld, zij het dat deze *condictio* door een andere eiser werd ingesteld. Een verschil met de samenloop waarbij beide vorderingen aan dezelfde eiser tegen verschillende gedaagden ter beschikking staan, is voorts dat de derde-bezitter die met de *rei vindicatio* werd aangesproken in dat geval nog de mogelijkheid had de dief na de uitwinning met een contractsactie aan te spreken, en dat de dief op zijn beurt de mogelijkheid had de eiser met de *condictio sine causa* aan te spreken nu de grondslag voor zijn betaling in de *condictio* naderhand was weggefallen.

356 *Supra*, p. 65 sq.

357 *Supra*, n. 280.

In dit geval heeft de echtgenote niet de mogelijkheid om het in de *condictio* betaalde bedrag terug te vorderen; dit bedrag is immers niet zonder grond betaald. Wanneer de debiteur dus ongehinderd de *rei vindicatio* zou kunnen instellen zónder de echtgenote schadeloos te stellen, dan zou zij achterblijven met een schadepost die zij niet op iemand anders zou kunnen verhalen.

§ 2.5.4 *Condictio* tegen een pandhouder in D. 12,1,4,1 (Ulpianus)

In deze tekst bespreekt Ulpianus drie uiteenlopende gevallen die tot beschikbaarheid van de *condictio* leidden, maar die met elkaar gemeen hebben dat de *condictio* aan een eigenaar ter beschikking stond:

D. 12,1,4: '[1] Een in pand gegeven zaak kan met de *condictio* worden opgeëist nadat het geld betaald is. – Ook vruchten die op ongerechtvaardigde grond zijn verkregen, kunnen worden gecondiceerd; als een pachter na afloop van de pachttermijn van vijf jaar vruchten heeft getrokken, dan staat het immers vast dat deze gecondiceerd kunnen worden, op voorwaarde dat zij niet met toestemming van de eigenaar zijn getrokken; want als dit met zijn instemming is gebeurd, dan is er zonder twijfel geen *condictio*. [2] Hetgeen door de stroom van de rivier is aangespoeld, kan worden gecondiceerd.'

In het *principium* heeft Ulpianus de vraag behandeld wie het risico draagt van munten die in bewaring zijn gegeven en later door de bewaarnemer als krediet worden opgenomen. In het geciteerde deel van de tekst komen drie situaties aan de orde waarin iemand een *condictio* tot zijn beschikking heeft. Ulpianus stelt ten eerste dat de pandhouder die, na aflossing van de schuld waarvoor het pandrecht was gevestigd, de aan hem verpande zaak niet heeft teruggegeven, met de *condictio* kan worden aangesproken. Ook de pachter die na afloop van de pachttermijn vruchten van het land heeft verkregen, is aansprakelijk. En ten slotte kan ook de eigenaar van een aan de Tiber grenzend landgoed met de *condictio* worden aangesproken door degene wiens goederen op dit landgoed zijn aangespoeld.³⁵⁹ In het geval van de achtergehouden verpande zaak kon zich samenloop voordoen tussen vier acties: de pandhouder was niet alleen op grond de *condictio* aansprakelijk, maar ook met de *actio pigneraticia* op grond van het pandcontract, met de *rei vindicatio*, en met de *actio furti*:

358 D. 12,1,4 (Ulpianus, *libro quadragensimo quarto ad Sabinum*): '[1] Res pignori data pecunia soluta condici potest. Et fructus ex iniusta causa percepti condicendi sunt: nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate, procul dubio cessat condictio. [2] Ea, quae vi fluminum importata sunt, condici possunt.' Zie over de plaatsing van deze tekst in het 44^e boek op Sabinus, *infra*, bij n. 390.

359 Cf. het praetorisch interdict ter voorkoming van geweld door de eigenaar van zaken die door overstroming van de Tiber op andermans land terecht waren gekomen; zie D. 39,2,9,1 (Ulpianus); zie ook Liebs, *Essays Honoré*, p. 171, n. 60.

D. 47,2,52,7: 'De schuldeiser die na betaling van het geld het pand niet teruggeeft, is volgens Mela aansprakelijk met de diefstalactie, als hij het pand achterhoudt met de bedoeling het te verbergen. Ik meen dat dit juist is.'³⁶⁰

Bij de *actio furti* werd de voorwaarde gesteld dat de pandhouder had gehandeld met de bedoeling om te verduisteren (*animus celandi*),³⁶¹ terwijl Ulpianus deze voorwaarde in het kader van de *condictio* niet stelt.³⁶² Ten opzichte van de *actio furti* bood de *condictio* het voordeel dat de intentie waarmee de pandhouder de zaak achterhield – een voorwaarde die bij de *actio furti* zijn rechtvaardiging vond in de mogelijk enorme boete, ten belope van de dubbele of vierdubbele waarde van de zaak, waar deze actie aanleiding toe kon geven – niet van belang was en dus ook geen onderdeel uitmaakte van de bewijslast waaraan de eiser in de *condictio* moest voldoen. Ten opzichte van de *actio pignoratitia* bood de *condictio* het voordeel dat de *condictio* als *actio stricti iuris* reeds tot aansprakelijkheid van de pandhouder leidde wanneer de zaak na afbetaling van de schuld niet was teruggegeven, terwijl de *actio pignoratitia* vereiste dat de pandhouder opzettelijk – later nalatig – had gehandeld.³⁶³ En ten opzichte van de *rei vindicatio* bood de *condictio* het reeds besproken voordeel dat de eiser zich niet door middel van de *actio ad exhibendum* van het voortbestaan van de zaak moest vergewissen.³⁶⁴

De stelling dat Ulpianus de *condictio furtiva* op het oog had, heeft in de literatuur veel aanhang gevonden.³⁶⁵ Ter onderbouwing wijst Hähnchen op de delictuele aansprakelijkheid die op de pandhouder rustte, maar zij citeert daarbij niet de woorden *si celandi animo retineat* D. 47,2,52,7, die de extra horde aangeven die voor delictuele aansprakelijkheid moest worden genomen.³⁶⁶

Ook bij bewaargeving (*depositum*) rijst de vraag naar de kwalificatie van de *condictio* die aan de bewaargever ter beschikking stond wanneer hij zijn zaak niet van de bewaarnemer had teruggekregen. De bewaarnemer die een in bewaring gegeven zaak niet had teruggegeven was volgens Paulus zowel

360 D. 47,2,52,7 (Ulpianus, *libro trigensimo septimo ad edictum*): 'Eum creditorem, qui post solutam pecuniam pignus non reddat, teneri furti Mela ait, si celandi animo retineat: quod verum esse arbitror.'

361 Ook verduistering viel onder *furtum*; zie Zimmermann, *Obligations*, p. 922.

362 Zo ook Santoro, *AUPA* 32, p. 366, 421.

363 Zie Zimmermann, *Obligations*, p. 226. Cf. het voordeel van de *condictio furtiva* ten opzichte van de *actio commodati* en de *actio depositi*; zie D. 13,1,16 (Pomponius, *libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*).

364 Zie § 2.3.3, *supra*, p. 32 sq. Zie over de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *actio pignoratitia*: Wubbe, *Res aliena pignori data*, p. 151.

365 Zie Trampedach, *SZ* 17, p. 110; Pflüger, *Ciceros Rede*, p. 54–55; *SZ* 18, p. 113; *SZ* 32, p. 169; Bekker, *Aktionen* I, p. 105, n. 16; Brinz, *Pandekten* II.2, p. 508–10, n. 23; Pernice, *Labeo* II.2, p. 100, n. 3 (in *Labeo* III.1, p. 231, gaat Pernice uit van 'eine der *c. furtiva* nächstverwante *c. possessionis*'); Pflüger, *SZ* 32, p. 169, onder verwijzing naar D. 7,9,12, *supra*, n. 106; Erbe, *Fiduzia*, p. 187; Frezza, *Garanzie* II, p. 20; Wubbe, *Res aliena pignori data*, p. 167; Hähnchen, *Die causa condictiois*, p. 103.

366 Zie Hähnchen, *Die causa condictiois*, p. 103, 118, n. 559.

aansprakelijk op grond van de *condictio*, als op grond van de *actio furti*. Paulus verbindt de *condictio* aan de voorwaarde dat de bewaarnemer met boos opzet had gehandeld (*dolus malus*),³⁶⁷ en de *actio furti* aan de voorwaarde dat hij de zaak ‘verborgen had gehouden met de bedoeling haar te verduisteren’ (*intercipiendi causa occultaverit*).³⁶⁸ Voor de *actio furti* lijkt zo een zwaardere maatstaf te gelden dan voor de *condictio*.³⁶⁹ De vraag of de *condictio* die door Paulus niet nader wordt gekwalificeerd een *condictio furtiva* was, is in de literatuur zowel bevestigend³⁷⁰ als ontkennend³⁷¹ beantwoord. Gezien het feit dat Paulus lichtere voorwaarden stelt voor aansprakelijkheid op grond van de *condictio* dan op grond van de *actio furti*, is een aanduiding als *condictio furtiva* misleidend. Die aanduiding zou impliceren dat de gedaagde zich aan het delict *furtum* schuldig had gemaakt, en dit was niet het geval.³⁷²

Zowel in het geval van een achtergehouden verpande zaak als bij een in bewaring gegeven zaak gold voor de *condictio* dus een lagere drempel voor aansprakelijkheid dan voor de *actio furti*. De *condictio* kwam voort uit de voorafgaande rechtsverhouding tussen de partijen die, naast een contractuele actie, een quasi-contractuele *condictio* rechtvaardigde. Door beide teksten te plaatsen in de titels over krediet en bewaargeving³⁷³ hebben de Justiniaanse compilatoren de contractuele context van beide *condictiones* benadrukt. Dit neemt niet weg dat een contractuele context ook aanleiding kon geven tot een *condictio furtiva*, maar het valt op dat de teksten die daar blijk van geven de *condictio* steeds als afgeleide van de *actio furti* presenteren.³⁷⁴ Het is begrijpelijk dat wanneer de *actio furti* beschikbaar was ook de *condictio* werd gegeven, nu de *actio furti*, volgens Ulpianus en Paulus, aan

367 D. 16,3,13,1 (Paulus, *libro trigensimo primo ad edictum*). ‘Competit etiam condictio depositae rei nomine, sed non antequam id dolo admissum sit: non enim quemquam hoc ipso, quod depositum accipiat, conditione obligari, verum quod dolum malum admiserit.’

368 D. 47,2,1,2 (Paulus, *libro trigensimo nono ad edictum*): ‘Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id interceptiendi causa occultaverit.’

369 In deze zin: Liebs, *Essays Honoré*, p. 171.

370 Dit zou volgens Pflüger, SZ 32, p. 171, ‘mit Händen zu greifen’ zijn. Mitteis, *JhJb* 39, p. 157, spreekt van een ‘auf die gemeine cond. furtiva abzielende Stelle.’

371 Savigny, *System V*, p. 518, n. a, stelt dat *dolus malus* niet was vereist, en dat er daarom geen sprake was van een *condictio furtiva*. De beschikbaarheid van de *condictio* was volgens hem het gevolg van het verval van de *rei vindicatio*, en dit verval kón het gevolg zijn van boos opzet van de bewaarnemer.

372 Ook in het geval van de door de pachter getrokken vruchten in het slot van D. 12,1,4,1 en de aangespoelde zaken in D. 12,1,4,2 is verdedigd dat het om voorbeelden van de *condictio furtiva* zou gaan; zie Pflüger, SZ 32, p. 169, onder verwijzing naar D. 47,2,68(67),5 (Celsus); respectievelijk Pflüger, *Ciceros Rede*, p. 55. In het eerste geval kwam de voorwaarde *non ex voluntate domini* voor de *condictio* inderdaad overeen met de voorwaarde *invito domino* voor de *actio furti*, maar met betrekking tot de aangespoelde zaken ligt een *condictio furtiva* niet in de rede.

373 Titels D. 12,1 en D. 16,3.

374 Zie D. 13,1,16 (Pomponius), waar iemand diefstal pleegt door een in bruikleen of in bewaring gegeven zaak te gebruiken en D. 13,6,14 (Ulpianus), waarin iemand diefstal pleegt door een zaak in bewaring aan te nemen van een slaaf in de wetenschap dat de eigenaar hier niet mee akkoord is gegaan.

zwaardere voorwaarden was verbonden. Het omgekeerde betoog dat de *condictiones* die Ulpianus en Paulus noemen voorbeelden van de *condictio furtiva* waren, omdat in vergelijkbare situaties een *actio furti* werd toegekend, gaat niet op.³⁷⁵ Veeleer was sprake van *condictiones* die voortkwamen uit de contracten voor pand en bewaargeving zelf.³⁷⁶

Het feit dat Ulpianus de *condictio* van de verpande zaak niet als *condictio furtiva* aanduidde, heeft ook geleid tot enkele andere theorieën. Eén daarvan is het vermoeden dat de onderliggende rechtsverhouding er niet een van verpanding was maar van fiduciaire eigendomsoverdracht, waarbij een fiduciair eigenaar met de *condictio* werd aangesproken, omdat hij, nadat de gesecuriseerde vordering door betaling was ingelost, niet tot *remancipatio* was overgegaan.³⁷⁷ Was dat het geval, dan zou de *condictio* tot opvordering van de in *fiducia* gegeven zaak, in overeenstemming met de hoofdregel, eigendomsoverdracht hebben beoogd en dus niet afdoen aan de regel dat een eigenaar zijn eigen zaak slechts van een dief kon opeisen. Dit deel van de tekst van Ulpianus zou, als deze theorie zou kloppen, oorspronkelijk hebben geluid:

‘Res [pignori] <fiduciae causa mancipio> data pecunia soluta condici potest.’³⁷⁸

De *fiducia* was in 531, op het moment van haar uiteindelijke afschaffing, reeds in onbruik was geraakt.³⁷⁹ In de Digesten werden verwijzingen naar de *fiducia* door interpolatie gewijzigd in *pignus*, zodat niet steeds duidelijk is welke teksten oorspronkelijk op de *fiducia* betrekking hadden.³⁸⁰ In de literatuur is daarom betoogd dat de tekst van Ulpianus oorspronkelijk op de *fiducia* betrekking zou hebben.

Paul Oertmann betoogt dat Ulpianus een fiduciaire eigendomsoverdracht op het oog heeft. Als er immers slechts sprake zou zijn van een pandrecht, dan zou de *condictio* samenlopen met de *rei vindicatio* van de pandgever, hetgeen, gezien de ‘grossen Schärfe, mit der die römischen Juristen sonst vindicatio und condictio auseinanderzuhalten wussten,’³⁸¹ niet mogelijk zou zijn. Ook al is het denkbaar

375 Anders: Santoro, *AUPA* 32, p. 365–68.

376 Cf. in dit verband D. 12,1,1,1 (Ulpianus), waar *mutuum*, *commodatum* en *pignus* als vormen van krediet worden genoemd; zie Kaser, *TvR* 47, p. 234, n. 224.

377 In die zin: Savigny, *System* V, p. 566, n. b. Zie ook Koschimbahr-Lyskowski, *Condictio* II, p. 302, n. 2, die zelfs stelt dat de *condictio* in D. 12,1,4,1 geïnterpoleerd zou zijn; Dernburg, *Pfandrecht* I, p. 13, n. 17; Mitteis, *JhJb* 39, p. 156–57; Huvelin, *Furtum* I, p. 581, n. 3; Schwarz, *Condictio*, p. 275; Rudorff, *ZRG* 11, p. 59, die de mogelijkheid van de *fiducia* noemt.

378 Deze reconstructie is van Kreller, *SZ* 62, p. 195. De blokhaken duiden aan welk deel van de tekst zou moet worden verwijderd, en de punthaken welk deel moet worden toegevoegd.

379 Dit geschiedde door afschaffing van de *mancipatio*, de voor *fiducia* vereiste wijze van eigendomsoverdracht; zie C. 7,31,1,5 (Justinianus, a. 531).

380 Lenel, *SZ* 3, p. 104; Oertmann, *Fiducia*, p. 21; Noordraven, *Fiducia*, p. 12, 21–24.

381 Oertmann, *Fiducia*, p. 47.

dat de tekst van Ulpianus over de *fiducia* handelt, toch kan deze stelling niet alleen worden gedragen door het oordeel dat samenloop tussen de *rei vindictio* en *condictio* in beginsel onmogelijk was³⁸² – in welke mate deze samenloop zich voordeel moet juist onderzocht worden. Inderdaad stond de *condictio* in beginsel niet aan eigenaar ter beschikking, maar de diefstal-uitzondering bewijst dat deze regel niet in steen gebeiteld stond. Het is denkbaar dat ook in gevallen waarin de gedaagde zich weliswaar strikt genomen niet aan het delict *furtum* schuldig had gemaakt, een uitzondering werd aanvaard. Dit betoog dat van een *fiducia* sprake was, is dus niet overtuigend.³⁸³ Noordraven betoogt overigens dat er géén sprake was van een *fiducia*, nu er, toen de *actio fiduciae* ten behoeve van de fiduciant zijn intrede deed, voor de fiduciant aan een *condictio* geen voordeel zou zijn verbonden.³⁸⁴ Maar ook dit betoog overtuigt niet, nu de *condictio* ook in andere gevallen samenliep met een *actio bonae fidei*.³⁸⁵

Ook al is het mogelijk dat de tekst van Ulpianus is geïnterpoleerd en de *condictio* van oorsprong tegen een fiduciair eigenaar was gericht, en niet tegen een pandhouder, toch doet het vervolg over de *condictio* tegen de pachter vermoeden dat er van interpolatie geen sprake is. De pachter werd evenmin eigenaar van de vruchten, die hij na afloop van de pachttermijn had getrokken, net zoals de eigenaar van het aan de Tiber grenzende landgoed geen eigenaar werd van de aangespoelde zaken. Beide personen konden met de *condictio* worden aangesproken.

Tot slot is recent ook een andere opvatting over de *condictio* in D. 12,1,4,1 verdedigd. Noordraven stelt dat de *condictio* in deze casus niet ter beschikking stond aan een pandgever of een fiduciant, maar aan een vader die aan zijn schoonzoon een bruidsschat in het vooruitzicht had gesteld.³⁸⁶ De casus zou de volgende zijn geweest. Een schoonvader (de *promissor*) had aan zijn schoonzoon bij wijze van bruidsschat een landgoed (*fundus*) beloofd (een *dotis promissio*) terwijl hij dit landgoed tevoren reeds aan een schuldeiser fiduciair in eigendom had overgedragen. Wanneer de schoonvader zijn schuld had afbetaald, en er *remancipatio* van het landgoed had plaatsgevonden, zou hij jegens zijn schoonzoon op grond van de *condictio* aansprakelijk zijn. De woorden *pecunia soluta* van Ulpianus zouden dus niet zien op een schuld van de schoonzoon (de eiser in de *condictio*) bij zijn schoonvader (de gedaagde), maar op een schuld van de schoonvader bij een derde. Dit is, zoals Apathy schrijft, ‘eine sehr origineller Interpretation,’³⁸⁷ en nu

382 Oertmann, *Fiducia*, p. 239: ‘eine condictio zu Gunsten des Eigentümers wäre eine zu anormale Erscheinung, um sie ohne zwingenden Grund annehmen zu können.’

383 Afwijzend ook Santoro, *AUPA* 32, p. 364: ‘La tesi non ha altro sostegno che il pregiudizio su cui si fonda.’

384 Noordraven, *Fiducia*, p. 210, n. 53, verdedigt de interpolatie overigens wel maar komt uit op een andere theorie, waarover aanstonds in de hoofdttekst.

385 Zie D. 19,1,11,6 (Ulpianus) waar voor teruggave van een bij wijze van *arrha* gegeven ring (*anulus*) zowel de *actio empti* als de *condictio* ter beschikking stond van de koper; zie hierover Liebs, *Klagenkonkurrenz*, p. 246, n. 34. Zie ook D. 44,7,34,1 (Paulus) in geval van bruikleen, *supra*, n. 242.

386 Noordraven, *Fiducia*, p. 210, n. 53.

387 Apathy, *TvR* 69, p. 370.

Ulpianus' tekst zelf geen aanwijzingen van een bruidsschat bevat, rijst de vraag naar de basis van deze theorie, die volgens Wubbe toch 'eine einleuchtende Antwort' oplevert.³⁸⁸ Noordraven wijst ter ondersteuning van zijn theorie op een tekst van Paulus over 'een soortgelijke casuspositie'.³⁸⁹ Omdat deze casuspositie in het kader van D. 12,1,4,1 van Ulpianus niet is overgeleverd, beroept Noordraven zich op het feit dat de tekst onderdeel zou hebben uitgemaakt van Ulpianus' *liber trigensimus quartus ad Sabinum*,³⁹⁰ over de bruidsschat (*De iure Dotium*), zoals volgens de overlevering ook het geval zou zijn.³⁹¹ Net zoals het geval was in het kader van Pomponius' tekst over de samenloop van de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva*,³⁹² is het echter mogelijk dat het juiste nummer van het boek in de overlevering bij vergissing met tien is verlaagd. Dat is waarschijnlijk ook hier gebeurd. De tekst zou dan oorspronkelijk tot Ulpianus' *liber quadragensimus quartus ad Sabinum* hebben behoord. Dat is ook logischer nu het eerste deel van dat boek over de *condictio* handelt. Reeds Lenel uit zijn verbazing over de overgeleverde plaatsing, terwijl ook Pernice en Kaser een verschrijving vermoeden.³⁹³ Noordraven wijst deze plaatsing echter af met het argument dat in het *principium* 'van een *condictio* geen sprake is' en het *principium* daarom niet in het 44^{ste} boek zou thuishoren. Deze stelling is curieus, nu het *principium* de *condictio* weliswaar niet bij naam noemt, maar toch een verstrekking van een *mutuum* betreft, de grond voor de *condictio* bij uitstek.³⁹⁴ Ook de overige fragmenten in het door Lenel gereconstrueerde boek noemen de *condictio* niet steeds uitdrukkelijk. Bovendien leidt de aanvullende voorwaarde dat het landgoed aan de schoonvader moet zijn geremanceerd tot een extra complicatie, nu Ulpianus zelf slechts van voldoening van de schuld spreekt (*pecunia soluta*). Ten slotte is toepassing van de bruidsschat-theorie op de door Ulpianus besproken gevallen van ongeoorloofde vruchttrekking en aangespoelde zaken, zoals Noordraven wil, eveneens onwaarschijnlijk. Ook hier zou het gaan om vorderingen van de schoonzoon, maar zonder nadere aanduiding van een bruidsschat ligt een *condictio* van de eigenaar van het in pacht gegeven landgoed, respectievelijk van de eigenaar van de aangespoelde zaken meer voor de hand.³⁹⁵

§ 2.5.5 *Condictio possessionis* van een landgoed in D. 47,2,25,1 (Ulpianus)

Een laatste voorbeeld waarbij de *condictio* en de *rei vindicatio* samenliepen in een geval dat aan diefstal is gerelateerd, maar waarin niet aan de vereisten van het delict *furtum* is voldaan, deed zich voor wanneer iemand van zijn landgoed was verdreven. Gezien het feit dat slechts roerende zaken vatbaar

388 Wubbe, SZ 108, p. 523.

389 D. 24,3,49,1 (Paulus).

390 In die zin ook Mommsen (red.), *Editio maior*.

391 Lenel, *Pal.* II, k. 1148 (Ulpianus 2783 sq.).

392 D. 47,2,9,1, zie de ingesprongen tekst, *supra*, n. 281.

393 Lenel, *Pal.* II, k. 1150, n. 2 (Ulpianus 2794): 'nescio qua occasione interspersa sint.' Pernice, *Labeo* II.2, p. 100, n. 3; Kaser, *TvR* 47, p. 234, n. 224.

394 G. 3,90, *supra*, n. 47.

395 In die zin ook Liebs, *Essays Honoré*, p. 170, n. 50.

waren voor *furtum*,³⁹⁶ was er geen *actio furti* beschikbaar. Over de vraag of een *condictio* beschikbaar was, bestond onder de Romeinse juristen discussie:

D. 47,2,25: '[pr.] Het is waar, wat door velen gesteld wordt, dat men met betrekking tot een landgoed niet met de *actio furti* kan ageren. [1] Men heeft de vraag gesteld, of degene die met geweld van een landgoed is verdreven, kan condiceren van degene die verdreef. Labeo stelt dat dit niet mogelijk is, maar Celsus meent dat het mogelijk is om het bezit te condiceren, net zoals dit mogelijk is bij onvreemde roerende zaken.'

Labeo ontkent dat de *condictio* ter beschikking stond van degene die was verdreven van zijn land, wellicht met het argument dat de gedaagde zich niet aan het delict *furtum* schuldig had gemaakt en dat daarom ook de *condictio* was uitgesloten.³⁹⁸ De opvatting van Sabinus en Celsus luidt echter dat de *condictio* wel beschikbaar was, net zoals bij roerende zaken naast de *actio furti* een *condictio furtiva* kon worden ingesteld. Uit deze tekst volgt opnieuw dat de beschikbaarheid van de *condictio* niet afhing van de vraag of de gedaagde zich aan het delict *furtum* schuldig had gemaakt.³⁹⁹ Celsus' opvatting over de mogelijkheid om het bezit van een landgoed te condiceren, is ook in een andere tekst van Ulpianus overgeleverd:

D. 13,3,2: 'Sabinus schrijft dat het ook mogelijk is om een landgoed te condiceren van degene die iemand met geweld van het landgoed verdreef. En Celsus is dezelfde mening toegedaan, en wel zo, dat als de eigenaar is verdreven, hij degene is die condiceert, maar dat als het niet de eigenaar is die is verdreven, het mogelijk is om het bezit te condiceren, zo stelt Celsus.'

396 Van oudsher was een landgoed wel vatbaar geweest voor diefstal, zoals blijkt uit Aulus Gellius, *Noctes Atticae*, 11,18,13, waar de opvatting van Sabinus wordt weergegeven: 'sed fundi quoque et aedium fieri furtum.' Gaius bericht echter dat deze opvatting van de *veteres* was verworpen; zie D. 41,3,38 (Gaius, *libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*): 'abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.' Zie hierover Huvelin, *Furtum I*, p. 378.

397 D. 47,2,25 (Ulpianus, *libro quadragesimo primo ad Sabinum*): '[pr.] Verum est, quod plerique probant, fundi furti agi non posse. [1] Unde quaeritur, si quis de fundo vi deiectus sit, an condici ei possit qui deiecit. Labeo negat: sed Celsus putat posse condici possessionem, quemadmodum potest re mobili subrepta.'

398 Zie over de beperktere opvatting van Labeo over het delict *furtum*: Zimmermann, *Obligations*, p. 928.

399 In de literatuur wordt deze *condictio* wel aangeduid met *condictio fundi*; zie Baron, *Conditionen*, p. 29; Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 74.

400 D. 13,3,2 (Ulpianus, *libro octavo decimo ad Sabinum*): 'Sed et ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, posse fundum condici Sabinus scribit, et ita et Celsus, sed ita, si dominus sit qui deiectus condicat: ceterum si non sit, possessionem eum condicere Celsus ait.'

Uit deze tekst blijkt dat volgens Celsus ook een niet-eigenaar die van ‘zijn’ landgoed was verdreven, de *condictio* kon instellen om dit bezit van het landgoed te condiceren. In de literatuur is deze *condictio* bekend komen te staan als de *condictio possessionis*.⁴⁰¹ De laatste tekst is opgenomen in Ulpianus’ 18^e boek op Sabinus.⁴⁰² Gezien de beginwoorden *sed et ei...* bevat deze tekst een aanvulling of uitzondering op hetgeen er direct aan vooraf gaat. Er bestaat echter verschil van mening welke tekst dat was. Waar Lenel D. 13,3,2 laat volgen op de regel in D. 13,1,1 dat *alleen een eigenaar* de *condictio* tegen een dief kon instellen,⁴⁰³ stelt Hähnchen dat de tekst volgt op de regel in D. 7,9,12 dat een eigenaar zijn eigen zaak *alleen van een dief* kon condiceren.⁴⁰⁴ Nu D. 13,3,2 een afwijking van beide regels inhoudt, zijn beide opvattingen plausibel. De opvatting van Hähnchen is echter het meest waarschijnlijk nu de beginwoorden van Ulpianus *sed et ei...* een uitbreiding aanduiden van de kring van personen die met de *condictio* aansprakelijk zijn: niet alleen degenen die zich aan het delict *furtum* schuldig hebben gemaakt, maar ook degenen die iemand van zijn, of andermans, landgoed hebben verdreven, zijn aansprakelijk.

De conclusie van deze paragraaf is dat de *condictio* in uiteenlopende gevallen aan een eigenaar ter beschikking werd gesteld. Deze gevallen waren weliswaar aan diefstal verwant,⁴⁰⁵ maar het was hierbij niet vereist dat aan de voorwaarden van het delict *furtum* was voldaan.

§ 2.6 CAUSA TRADITIONIS EN CONDICTIO

§ 2.6.1 Inleiding

Kon samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* zich ook voordoen in het geval van onverschuldigde betaling? Zoals bleek, werd het aannemen van een betaling van een geldsom in de wetenschap dat deze onverschuldigd was, als diefstal aangemerkt.⁴⁰⁶ In dit geval deed zich, omdat er geen eigendomsoverdracht van de munten had plaatsgevonden, samenloop voor tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. Maar kon deze samenloop zich ook voordoen wanneer de gedaagde te goeder trouw een betaling in ontvangst had genomen?

401 Zie Pika, *Ex causa furtiva condicere*, p. 73–75, die de theorie dat D. 47,2,25,1 geïnterpoleerd zou zijn, afwijst. Zie voor de toepassing van de *condictio* met betrekking tot een landgoed ook: Savigny, *System V*, p. 555; Trampedach, *SZ* 17, p. 98, 100; Von Mayr, *Condictio*, p. 217–18; Liebs, *Essays Honoré*, p. 170; Zimmermann, *Obligations*, p. 840, n. 38; Hähnchen, *Die causa condictiois*, p. 67–69.

402 *Supra*, n. 106 sq.

403 Lenel, *Pal.* II, k. 1075 (Ulpianus 2591); zie D. 13,1,1, *supra*, n. 198.

404 Hähnchen, *SZ* 121, p. 393–94; zie D. 7,9,12, *supra*, n. 106.

405 Kaser, *RP I*, p. 595, spreekt van ‘Erstreckungen’ van de *condictio furtiva*.

406 D. 13,1,18 (Scaevola), *supra*, n. 266.

§ 2.6.2 *Condictio indebiti*

Volgens Ulpianus' definitie kon een solvent de *condictio indebiti* instellen wanneer hij een onverschuldigde betaling had verricht terwijl hij niet op de hoogte was van het onverschuldigde karakter van de betaling.⁴⁰⁷

D. 12,6,1: '[pr.] Nu moet worden gekeken naar hetgeen onverschuldigd is betaald. [1.] En degene die iets in dwaling onverschuldigd betaalt, kan op grond van deze actie condiceren; maar als hij betaalt in de wetenschap dat hij niets is verschuldigd, dan is er geen sprake van terugvordering.'⁴⁰⁸

Om van een onverschuldigde betaling te spreken, moet dus voldaan zijn aan drie voorwaarden: er diende een betaling te zijn verricht (*solutio*),⁴⁰⁹ die onverschuldigd was (*indebitum*),⁴¹⁰ en waarbij de solvent gedwaald had omtrent het onverschuldigde karakter van de betaling (*error*).⁴¹¹

In de literatuur wordt soms gesteld dat het voor het slagen van de *condictio indebiti* niet alleen van belang was dat de solvent, maar ook dat de accipiënt te kwaader trouw had gehandeld – wanneer hij wist van het onverschuldigde karakter van de betaling – zou de *condictio indebiti* afhankelijk zijn geweest van de voorwaarde dat de gedaagde de betaling te *goeder* trouw in ontvangst had genomen. De goede trouw van de accipiënt zou dan de 'vierde voorwaarde' zijn voor de *condictio indebiti*.⁴¹² Het geval waarin iemand een onverschuldigde betaling in ontvangst nam in de wetenschap dat dit niet verschuldigd was, zou niet als *non debitum solutum* worden gezien, maar als *furtum*.⁴¹³ De *condictio indebiti* en de *condictio furtiva* zouden dus twee verschillende acties zijn die elkaar uitsloten. Dit

407 Zie over de *condictio indebiti*: Schwarz, *Condictio*, p. 4–116; Kaser, *RP I*, p. 596; Zimmermann, *Obligations*, p. 837–38, 848–51.

408 D. 12,6,1 (Ulpianus, *libro vicensimo sexto ad edictum*): '[pr.] Nunc videndum de indebito soluto. [1.] Et quidem si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest: sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.'

409 *Solutio* duidt normaal gesproken op de bevrijding van een verbintenis; zie D. 42,1,4,7; D. 50,16,176.

410 Zie D. 12,6,65,9 (Paulus, *libro septimo decimo ad Plautium*): 'Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id quod alius debet alius quasi ipse debeat solvat.' ('Onverschuldigd is niet alleen datgene, wat in het geheel niet verschuldigd is, maar ook als wat aan de één is verschuldigd, aan de ander wordt voldaan, of als hetgeen door de één is verschuldigd, door de ander wordt betaald alsof hij hier zelf toe verplicht is.')

411 Wellicht werd aangenomen dat aan de 'voorwaarde' dat de solvent had gedwaald was voldaan, totdat de accipiënt tegenbewijs aandroeg; zie Zimmermann, *Obligations*, p. 850.

412 In die zin: Kaser, *RP I*, p. 596; Vangerow, III, § 625, p. 398–99; Buckland, *Roman law*, p. 542; Zwally, *GrOM* 22, p. 106; Schulz, *CRL*, p. 616.

413 Nelson & Manthe, *Gai Institutiones* III 88–181, p. 83; hierbij wordt een beroep gedaan op D. 13,1,18, maar uit de kwalificatie in die tekst van het bewust in ontvangst nemen van een onverschuldigde zaak als diefstal, volgt niet dat er van een onverschuldigde betaling géén sprake is.

betoog overtuigt niet.⁴¹⁴ De *condictio furtiva* en de *condictio indebiti* waren niet twee verschillende acties die elk aan eigen voorwaarden waren gebonden, en waartussen de eiser een keuze moest maken. Als ten processe bleek dat de solvent bewust onverschuldigd had betaald, werd hij geacht een schenking te hebben gedaan, en werd de actie afgewezen. Maar wanneer bleek dat de accipiënt wist van het onverschuldigde karakter van de betaling, dan moest de actie niet worden afgewezen omdat de eiser op grond van de *condictio furtiva* had moeten procederen. De termen *condictio furtiva* en *condictio indebiti* waren benamingen voor verschillende toepassingen van dezelfde actie. Ook uit de reeds besproken tekst van Papinianus over de principaal die een betaling bekrachtigt die zijn vertegenwoordiger met eigen munten aan een *falsus procurator* had gedaan, blijkt dat de *condictio indebiti* niet afhankelijk was van de goede trouw van de accipiënt.⁴¹⁵ Aan de vertegenwoordiger kwam immers de *condictio furtiva* toe en aan de principaal de *condictio indebiti*. Zo werd tot uitdrukking gebracht dat hij niet zelf was bestolen maar dat hij de effecten van de onverschuldigde betaling voor zijn rekening had genomen; maar dat nam niet weg dat de *falsus procurator*, de accipiënt, te kwader trouw was.

Voor de vraag of de *condictio* in geval van onverschuldigde betaling ter beschikking werd gesteld, rijst eerst de vraag of een onverschuldigde betaling tot eigendomsoverdracht leidde. Bij de *mancipatio* vond overdracht altijd plaats wanneer een beschikkingsbevoegde de voorgeschreven formele handelingen vervulde, ook wanneer er in werkelijkheid geen verplichting tot eigendomsoverdracht bestond, zodat terugvordering altijd op grond van de *condictio* geschiedde.⁴¹⁶ In het kader van de *traditio*⁴¹⁷ is discussie mogelijk over de betekenis van het vereiste dat aan eigendomsoverdracht een geldige titel (*iusta causa*) vooraf diende te gaan.⁴¹⁸

D. 41,1,31 *pr.*: 'Eigendom gaat nooit over op grond van de enkele levering, maar uitsluitend als er sprake is van een verkoop, of van een andere geldige titel, op grond waarvan de levering is gevolgd.'⁴¹⁹

414 In deze zin stelt ook Fitting, *Sciens indebitum accipere*, p. 23, n. 1, onder verwijzing naar D. 47,2,81(80),5 en 7: 'Cela empêche de dire d'une façon générale que la bonne foi de l'accipiens, si elle est une condition de la tradition, en est une de la *condictio indebiti*. Ce n'est exact que pour la *condictio indebiti* que pourrait avoir le *tradens*, mais non pour celle qu'a par exemple ici le géré qui a ratifié le paiement.'

415 D. 47,2,81(80),7, *supra*, n. 260.

416 Ook de *in iure cessio* was 'abstract'; Kaser, *RP I*, p. 596.

417 De *traditio* was de wijze van eigendomsoverdracht door middel van bezitsverschaffing die in het klassieke Romeinse recht was bestemd voor alle zaken die niet door middel van *mancipatio* moesten worden overgedragen (*res nec mancipi*) en die door Justinianus algemeen van toepassing werd verklaard.

418 De vraag naar het *causa*-vereiste van de *traditio* behoort tot de meest besproken vragen in de literatuur over het klassieke Romeinse recht.

419 D. 41,1,31 *pr.* (Paulus, *libro trigensimo primo ad edictum*): 'Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.'

Wanneer was er geen geldige titel voor eigendomsoverdracht? Uit de beschouwing van Gaius blijkt dat de ontvanger van een onverschuldigde betaling op gelijke voet met de *condictio* aansprakelijk was als degene die een zaak in verbruikleen (*mutuum*) had ontvangen.⁴²⁰ Nu *mutuum* tot eigendomsoverdracht strekte, lijkt ook een onverschuldigde betaling tot overdracht te hebben geleid. Een *titulus pro soluto* ofwel een *causa solvendi* zou voor eigendomsoverdracht voldoende zijn geweest: de betaling ter voldoening aan een, overigens niet bestaande, schuld leidde tot eigendomsoverdracht.⁴²¹ Een blijvende vermogensverschuiving was echter niet gerechtvaardigd en diende met de *condictio indebiti* te worden teruggedraaid.⁴²² Ook een *datio ob rem* leidde tot eigendomsoverdracht.⁴²³ Wanneer de reden van overdracht echter was gelegen in de verplichting van een verkoper (*causa venditionis*), van een schenker (*causa donationis*), of een verstrekker van een bruidsschat (*causa dotis*), of een kredietgever (*causa credendi*), dan diende aan de *traditio* een obligatoir geldige titel ten grondslag te liggen.⁴²⁴ De solvent zal de *rei vindicatio* tot zijn beschikking hebben gehad wanneer bijvoorbeeld de *causa venditionis* niet geldig was. Maar er zijn geen teksten waarbij de *condictio* naast de *rei vindicatio* ter beschikking werd gesteld. Hetzelfde geldt als tussen partijen onenigheid bestond over de inhoud van de titel – wanneer er sprake was van een *dissensus in causa*. De vraag of er dan eigendom overging werd verschillend beantwoord. Volgens Julianus ging eigendom over zolang partijen het eens waren over het feit dat eigendom moest overgaan,⁴²⁵ maar Ulpianus stelde dat partijen ook moesten overeenstemmen over de reden voor eigendomsoverdracht.⁴²⁶ Er vond geen overdracht plaats wanneer partijen er een verschillende voorstelling van zaken op nahielden:

D. 12,1,18 pr.: ‘Als ik aan jou geld zal hebben gegeven alsof het een donatie was, en jij het geld in ontvangst zal hebben genomen alsof het verbruikleen was, dan schrijft Julianus dat er geen sprake is van een donatie, maar het valt te bezien of er sprake is van verbruikleen. En ik meen dat het ook geen verbruikleen is en

420 G. 3,91, *supra*, n. 48.

421 Dit is de heersende leer volgens Kaser, *RP I*, p. 417, n. 39. Uit D. 41,10,3 (Pomponius) volgt echter dat de *causa solvendi* de accipiënt in staat stelt om de zaak *pro suo* te bezitten en op grond van verkrijgende verjaring (*usucapio*) in eigendom te verkrijgen; zie Kaser, *RP I*, p. 421, n. 28. Een *traditio solvendi causa* zou dus niet onmiddellijk tot eigendomsoverdracht hebben geleid.

422 Schwarz, *Condictio*, p. 232; Kaser, *BIDR* 64, p. 69; Kaser, *RP I*, p. 417; Zimmermann, *Obligations*, p. 841. Er was wel een *causa traditionis* of *causa dandi*, maar geen *causa retinendi*; zie Schwarz, *Condictio*, p. 229; Pflüger, *Eigentum*, p. 110; Kaser, *RP I*, p. 596; en reeds *supra*, n. 230.

423 Kaser, *TvR* 29, p. 218, 220; *BIDR* 64, p. 85.

424 Kaser, *BIDR* 64, p. 83.

425 D. 41,1,36 (Julianus, *libro tertio decimo digestorum*).

426 Het betreft een bekende en veelbesproken antinomie; Kaser, *TvR* 29: ‘Die Literatur zu diesen Stellen ist kaum mehr zu übersehen.’ Zie Gordon, *Essays Nicholas*, p. 126; Van Oven, *Praeadvies*, p. 29; Dondorp & Schrage, *Levering krachtens geldige titel*, p. 20–23; Hallebeek, *AA* 55, p. 176.

dat de munten in het geheel geen eigendom van de accipiënt worden, omdat hij [de munten] met een ander oogmerk zal hebben ontvangen. Als [de accipiënt] ze zal hebben verbruikt, dan kan hij aansprakelijk worden gesteld op grond van de *condictio*; toch zal hij de *exceptio doli* kunnen gebruiken, omdat het in overeenstemming is met de wil van de gever dat de munten zullen zijn verbruikt.⁴²⁷

Indien een geldsom was betaald, zo overweegt Ulpianus, maar partijen het niet eens waren over de grondslag van deze overdracht – de tradent stond een schenking voor ogen en de accipiënt verbruikleen⁴²⁸ – verhinderde dit verschil van opvatting volgens hem de eigendomsoverdracht. De solvent beschikte dus over de *rei vindicatio*, en kon nadat de munten waren geconsumeerd terugvallen op de *condictio*.⁴²⁹ De accipiënt kon deze *condictio* overigens afweren met het verweermiddel van arglist (de *exceptio doli*), nu de tradent eigendomsoverdracht had beoogd.

De vraag rijst of de solvent reeds voor consumptie behoefte zal hebben gehad om, naast de *rei vindicatio*, een *condictio* te kunnen instellen.⁴³⁰ Achilles Renaud stelt dat de *condictio*, ook in het geval van een onverschuldigde betaling, náást de *rei vindicatio* een functie vervulde. Renaud stelt dat de ‘schwere Last des Eigenthumsbeweises’ bij de *condictio indebiti* niet aanwezig was en dat het daarom voor de eiser slechts in de rede lag om de *rei vindicatio* in te stellen wanneer de zaak in kwestie zich onder een derde bevond.⁴³¹ Renaud bepleit daarom dat in het algemeen samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio indebiti* mogelijk was en dat aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kon condiceren, behalve van een dief⁴³² geen waarde moet worden gehecht. Renaud grijpt een tekst over door een vrouw tijdens het huwelijk weggenomen zaken aan als argument voor de stelling dat de *condictio* en *rei vindicatio* in het algemeen samenliepen.⁴³³ Nu wij hier

427 D. 12,1,18 pr. (Ulpianus, *libro septimo disputationum*): ‘Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederō, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti.’

428 Zoals Gordon, *Essays Nicholas*, p. 128, duidelijk maakt, is dit een nogal wonderlijk geval, want waarom zou de tradent, die dacht te hebben geschonken, zich op het standpunt hebben willen stellen dat de eigendom niet was overgegaan? En waarom zou de accipiënt, die dacht in verbruikleen te hebben gekregen, bezwaar hebben gemaakt tegen teruggave van de munten, terwijl hij bovendien van het meningsverschil waarschijnlijk pas op de hoogte was gekomen na deze teruggave te hebben aangeboden?

429 Dit is in overeenstemming met de tekst waarbij de *condictio* pas beschikbaar kwam na het wegvallen van de *rei vindicatio*; D. 12,6,29, *supra*, n. 94.

430 Vergelijk de voordelen die in het geval van diefstal aan de *condictio* waren verbonden, § 2.3.3, *supra*, p. 32.

431 Renaud, *AcP* 29, p. 165.

432 D. 7,9,12, *supra*, n. 106.

433 Renaud, *AcP* 29, p. 166–67, onder verwijzing naar D. 25,2,24, *supra*, n. 349.

toch met een aan diefstal-gerelateerd geval te maken hebben, voert die conclusie, op grond van deze tekst, te ver.⁴³⁴

§ 2.6.3 *Condictio indebiti* van het bezit van een zaak in D. 12,6,15,1 (Paulus)

Behalve in het geval van diefstal – en in enkele gevallen die aan diefstal zijn gerelateerd – geeft geen enkele tekst blijk van samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. Er is echter één tekst⁴³⁵ van Paulus waarin een onverschuldigde betaling, ook buiten het geval van diefstal, leidt tot samenloop van de *rei vindicatio* en de *condictio*:

D. 12,6,15,1: ‘En als andermans munten zijn gegeven, is de *condictio* beschikbaar, opdat tenminste het bezit wordt teruggegeven. – Evenzeer zal ik kunnen condiceren als ik het bezit van enige zaak zal hebben geleverd in de onjuiste veronderstelling dit aan jou verschuldigd te zijn. – Maar ook wanneer ik het bezit op zodanige wijze van jou zal hebben gemaakt, dat dit bezit jou vanwege de *praescriptio longi temporis* niet langer ontnomen kan worden, dan zal ik toch terecht met de *condictio* op grond van onverschuldigde betaling kunnen ageren.’⁴³⁶

In het, hier niet geciteerde, *principium* stelt Paulus dat de *condictio* waarmee een onverschuldigd betaalde zaak wordt opgevorderd ook betrekking heeft op alles wat aan de zaak is ‘toegevoegd,’ zoals het kind van een slavin, en vruchten die na de betaling zijn verschenen. Uit dit *principium* kan worden afgeleid dat ook het vervolg op de onverschuldigde betaling betrekking heeft.

Vaak is het vermoeden geuit dat deze tekst zou zijn geïnterpoleerd.⁴³⁷ Opvallend aan deze discussie is de vanzelfsprekendheid waarmee interpolatie is aangenomen. Schwarz schrijft over ‘der allgemein als interpoliert anerkannten Schlußsatz von D. 12,6,15,1,’⁴³⁸ en verwijst daarbij naar de opvatting van Haymann die met een even grote zekerheid stelt:⁴³⁹ ‘Meines Erachtens ist die Stelle in all ihren Teilen unecht, und jeder Versuch einer Wiederherstellung aussichtslos.’⁴⁴⁰

434 Ook het argument van Renaud, *AcP* 29, p. 167–68, op grond van D. 12,6,26,4, overtuigt niet, nu het onverschuldigd betaalde landgoed op grond van *mancipatio* werd overgedragen, en daarom niet gerevindiceerd kan worden.

435 Ook Von Mayr, *Condictio*, p. 358, stelt dat deze tekst van Paulus als de enige ‘unzweifelhaftes Zeugnis der *condictio possessionis*’ moet worden beschouwd.

436 D. 12,6,15,1 (Paulus, *libro decimo ad Sabinum*): ‘Sed et si nummi alieni dati sint, *condictio* competet, ut vel *possessio* eorum reddatur. – Quemadmodum si falso existimans *possessionem* me tibi debere alicuius rei tradidissem, condicerem. – Sed et si *possessionem* tuam fecissem ita, ut tibi per *longi temporis praescriptionem* avocari non possit, etiam sic recte tecum per *indebitam conditionem* agerem.’

437 Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 71, heeft het over de ‘text, dessen Klassizität radikal angezweifelt, aber auch nachdrücklich verteidigt worden ist.’

438 Schwarz, *Condictio*, p. 48.

439 Schwarz, *Condictio*, p. 198, n. 13.

440 Haymann, *JhJb* 77, p. 222.

Betogen voor⁴⁴¹ en tegen⁴⁴² interpolatie houden de literatuur verdeeld, maar zonder duidelijke aanwijzing dat van interpolatie sprake is, mag de echtheid van deze tekst worden aangenomen.

Paulus bespreekt een drietal situaties waarin een onverschuldigde betaling niet tot eigendomsoverdracht had geleid, maar slechts tot bezitsverschaffing. Ten eerste komt de situatie aan bod waarin iemand munten van een ander had gegeven (tot en met het woord 'teruggegeven,' *reddatur*). Ten tweede bespreekt Paulus de situatie waarin iemand een zaak had geleverd terwijl hij dwaalde omtrent zijn verplichting hiertoe (tot en met het woord 'condiceren,' *condicerem*).⁴⁴³ En ten derde noemt Paulus de situatie waarin de accipiënt van de onverschuldigde betaling door de werking van de verkrijgende verjaring eigenaar is geworden.

De drie delen van D. 12,6,15,1

In het eerste deel van de tekst verhinderde de beschikkingsonbevoegdheid van de tradent eigendomsoverdracht van de munten. De levering van andermans munten hoefde geen diefstal van deze munten te impliceren, maar kon zich ook voordoen wanneer de munten in bewaring waren gegeven en de erfgenaam van de bewaarnemer, die meende op grond van erfopvolging recht te hebben op de munten, ze voor een onverschuldigde betaling had gebruikt.⁴⁴⁴ Ook wanneer de tradent te goeder trouw bezitter was van een nalatenschap en een betaling had verricht omdat hij meende als erfgenaam verplicht te zijn tot voldoening van schulden van de nalatenschap, rees de vraag, als hij op grond van een later ontdekt testament bleek geen erfgenaam te zijn, hoe hij de betaalde munten kon terugvorderen.⁴⁴⁵ De *rei vindicatio* kwam toe aan de werkelijke erfgenaam, maar kon de vermeende erfgenaam de *condictio* instellen? De onverschuldigde betaling had niet tot eigendomsoverdracht geleid, zodat de *condictio indebiti* niet op ongedaanmaking van deze overdracht kon zijn gericht. Toch stelt Paulus de *condictio indebiti* hier ter beschikking van de solvent. In het geval van de bewaarnemer die een onverschuldigde betaling had verricht lag dit voor de hand aangezien de bewaarnemer op grond van het contract van bewaargeving aansprakelijk was jegens de eigenaar. Nu de solvent niet de *rei vindicatio*, noch een contrac-

441 Pflüger, SZ 18, p. 106; Kaser, *TvR* 29, p. 194, n. 81.

442 Trampedach, SZ 17, p. 107; Cornil, *Traité*, p. 456; Donatuti, *Studi Parmensi* 1, p. 72; Wacke, *BIDR* 79, p. 131–34; Hähnchen, *Die causa conductionis*, p. 118, n. 561; Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 70–74.

443 Tussen dit tweede en derde gedeelte plaatst Lenel, *Pal.* I, k. 1281 (Paulus 1821), de tekst D. 45,1,28, waarin Paulus stelt dat degene die zich bij *stipulatio* verplicht tot levering (*traditio*), zich uitsluitend verplicht tot levering, en niet ook tot eigendomsoverdracht van de geleverde zaak: 'Si rem tradi stipulamur, non intellegimur proprietatem eius dari stipulatori, sed tantum tradi.'

444 Cf. G. 2,50.

445 Zie dit voorbeeld bij Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 68.

tuele actie tot zijn beschikking had, werd aan hem de *condictio* ter beschikking gesteld om het bezit van de munten te kunnen condiceren. Paulus stelt dat de *condictio* ‘tenminste’ betrekking heeft op het bezit (*vel possessio*).⁴⁴⁶ Ook in dit geval spreekt men van de *condictio possessionis*: de *condictio* waarmee slechts het bezit werd opgevorderd.

Vervolgens geeft Paulus een algemenere regel. In het tweede deel van de tekst stelt hij dat een solvent het bezit van een zaak kan condiceren die hij heeft geleverd in de verkeerde veronderstelling verplicht te zijn dit bezit te moeten leveren. Deze tweede regel is niet alleen algemener in die zin dat hier ‘een zekere zaak’ (*alicuius rei*) is geleverd, en niet specifiek een hoeveelheid munten, maar ook in die zin dat Paulus zich niet uitlaat over de vraag aan wie de geleverde zaak in eigendom toebehoort; dat zou dus ook de solvent zelf kunnen zijn. Deze algemene regel dient ter verklaring van het eerste geval; het woord ‘evenzeer,’ of ‘net zoals’ (*quemadmodum*) geeft de verbinding tussen beide delen van de tekst aan. Nu in het algemeen geldt dat iemand het bezit van een onverschuldigd geleverde zaak met de *condictio* kan terugvorderen, geldt dit ook in het bijzondere geval wanneer andersmans munten onverschuldigd zijn betaald, zo lijkt het betoog van Paulus te zijn. Steeds kan de solvent het bezit condiceren.

In het derde deel van de tekst blijkt dat de *condictio* beschikbaar blijft wanneer de accipiënt inmiddels door de werking van de *praescriptio longi temporis* niet meer met de *rei vindicatio* kon worden aangesproken. Deze *praescriptio longi temporis*, letterlijk ‘de exceptie van lange tijd,’ was een vorm van bevrijdende verjaring, waardoor het bezit onaantastbaar was geworden doordat hij zelfs een verweermiddel tegen de eigenaar had.⁴⁴⁷ Dit derde geval waarin de tradent deze onaantastbare bezitspositie condiceert, sluit aan bij het eerste geval, waarin ‘tenminste’ het bezit kon worden gecondiceerd. Ook in het derde geval zou het dus gaan om een voorbeeld van de *condictio possessionis*; het is immers niet de eigendom die wordt gecondiceerd, maar de onaantastbare bezitspositie.⁴⁴⁸ Er bestaat echter debat omtrent de vraag of de tradent de eigendom condiceert, of de onaantastbare bezitspositie. Deze laatste opvatting is de minderheidsopvatting.⁴⁴⁹ De meeste auteurs verdedigen de opvatting dat in dit derde geval de eigendom wordt gecondiceerd,⁴⁵⁰ een opvatting die samengaat met het idee dat de accipiënt op grond van verkrijgende verjaring (*usucapio*) de eigendom heeft verkregen. De *praescrip-*

446 Argument voor de vertaling van *vel* door ‘tenminste’ is dat in het derde deel van de tekst niet alleen het bezit, maar ook de eigendom, waartoe het bezit na afloop van de *praescriptio longi temporis* was uitgegroeid, kon worden gecondiceerd; zie Wacke, *BIDR* 79, p. 131, n. 34.

447 Zie over de *praescriptio longi temporis*: Jansen, *Bezit te kwader trouw*, p. 39 sq.

448 De ‘eigentumsähnliche Besitzposition,’ zoals Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 73, het noemt.

449 Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 72–73.

450 Reeds Paulus de Castro ad D. 12,6,15,1, nr. 4 betreft dit derde geval op de *usucapio*; zie ook Bolze, *AcP* 78, p. 424; Wacke, *BIDR*, p. 132, die van ‘Rückübereignung’ spreekt; en zie verdere literatuurverwijzingen bij Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 72, n. 21.

tio was echter ten tijde van Paulus een vorm van bevrijdende verjaring en niet een wijze van eigendomsverkrijging. Dit neemt niet weg dat de solvent, wanneer *usucapio* mogelijk was – wanneer de accipiënt een voor verjaring vatbare zaak had verkregen op grond van een geldige titel – de eigendom kon condiceren, ook na afloop van de verjaringstermijn.⁴⁵¹ Niet alleen de tekst van Paulus vormt daarvoor een aanwijzing,⁴⁵² maar dit blijkt bovendien uit de volgende tekst van Julianus, waarin een schenker een schenking ter zake des doods (*donatio mortis causa*) had verricht:

D. 39,6,13 *pr.*: ‘Als ik een zaak van een ander zal hebben gegeven als schenking bij wijze des doods en zij door verkrijgende verjaring zal zijn verkregen, dan zal de werkelijke eigenaar haar niet kunnen condiceren, maar ik, als ik zal zijn hersteld.’⁴⁵³

De *donatio mortis causa* zou direct tot eigendomsoverdracht aan de begiftigde hebben geleid, als de schenker beschikkingsbevoegd zou zijn geweest.⁴⁵⁴ De begiftigde verkrijgt de zaak door verjaring in eigendom. Een *donatio mortis causa* was een schenking onder de voorwaarde dat de begiftigde de schenker overleefde. Aan de schenking was de ontbindende voorwaarde verbonden dat als de schenker zou herstellen van zijn ziekte, hij recht had op ongedaanmaking van de schenking. Net zoals in het derde geval van D. 12,6,15,1 verkrijgt de eiser op grond van de *condictio*⁴⁵⁵ meer, namelijk de eigendom, dan hij oorspronkelijk aan de gedaagde had gegeven.

Degene die een onverschuldigde betaling had verricht kon de *condictio* dus instellen nadat de *rei vindicatio* door de *praescriptio* onmogelijk was geworden.⁴⁵⁶ De gedaagde die met de *condictio* werd aangesproken moest méér aan de eiser verschaffen, namelijk de onaantastbare bezitspositie, dan hij van hem had verkregen.⁴⁵⁷ De verwijzing naar de *praescriptio longi temporis* duidt erop dat het derde geval betrekking heeft op landgoederen.

451 Cf. D. 12,6,15 *pr.*, waaruit blijkt dat ook de vruchten van de gecondiceerde zaak in de *condictio* dienen te worden betrokken.

452 Ook D. 39,6,13 *pr.* (Julianus) vormt daarvoor een aanwijzing; Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 73, spreekt van ‘ein indirekter, aber nicht minder klarer Beleg für die *condictio certae rei/pecuniae* bei nachträglichem Eigentumserwerb infolge *usucapio*.’

453 D. 39,6,13 *pr.* (Julianus, *libro septimo decimo digestorum*): ‘Si alienam rem mortis causa donavero eaque usucapta fuerit, verus dominus eam condicere non potest, sed ego, si convaluero.’ Zie over deze tekst: Bolze, *AcP* 78, p. 429; Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 74–75; Hähnchen, *Die causa condictiois*, p. 118.

454 In die zin: Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 74.

455 Dit is een voorbeeld van de *condictio ob rem*, de *condictio* die kon worden ingesteld wanneer het doel waarmee een *datio* was verricht – een vermogensverschuiving die blijvend werd in geval van vooroverlijden van de schenker – door het herstel van de schenker niet werd gerealiseerd; zie Kaser, *RP* I, p. 597, n. 45.

456 In de literatuur wordt van de ‘Vollendung der *datio*’ gesproken; zie Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 73. Of dezelfde uitkomst ook gold voor de *usucapio*, is onderwerp van debat.

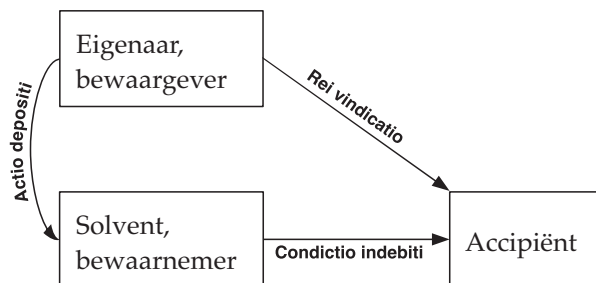
457 In deze zin: Bolze, *AcP* 78, p. 424, die, in overeenstemming met de leer in het *ius commune*, stelt dat de gedaagde door verkrijgende verjaring *eigenaar* is geworden.

Het feit dat een *condictio* ook beschikbaar was in het geval waarin de gedaagde op grond van de *usucapio* de eigendom van een zaak had verworven, zoals in het geval van een *donatio mortis causa*, is een aanwijzing dat de tekst van Paulus handelt over landgoederen waar de *usucapio* géén betrekking op had. Septimius Severus voerde in 199 n.Chr. de *praescriptio longi temporis* bij rescript in,⁴⁵⁸ maar bestendigde hiermee een reeds op dat moment geldende praktijk waarbij de bezitter te goeder trouw van een in de provincie gelegen landgoed (waarvoor de *usucapio* niet gold) werd beschermd tegen de *rei vindicatio* van de eigenaar. Na tien jaar (*inter praesentes*) of twintig jaar (*inter absentes*) werd de bezitter als eigenaar aangemerkt. Ook roerende goederen zouden onder de bescherming van deze *praescriptio* gevallen.⁴⁵⁹ Een Justiniaans scholion op de tekst van Paulus in de Basilica, de Griekse verzameling van de Digesten en Codex waar keizer Leo de Wijze rond 900 opdracht toe gaf, gaat ervan uit dat dit derde gedeelte van de tekst van Paulus betrekking heeft op een landgoed.⁴⁶⁰

Samenloop in een drie-partijen-situatie

In de eerste twee situaties blijkt dat samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* ook buiten het geval van diefstal mogelijk was. In het eerste geval stonden beide acties aan verschillende eisers ter beschikking tegen dezelfde gedaagde; de *rei vindicatio* stond immers nog ter beschikking van de eigenaar, bijvoorbeeld de erfgenaam of de bewaargever.

D. 12,6,15,1



458 Bruns, *Fontes* I, nr. 87.

459 Kaser, *RP* I, p. 424.

460 Basilica 24,6,15, scholion 3 (vertaling op grond van de Heimbach-editie, Leipzig 1843): 'Ook wanneer ik het bezit, bijvoorbeeld van een landgoed, tot wederopzegging aan jou heb geleverd, zodat jij het tot wederopzegging zal bezitten, dan zal jij niet de *praescriptio longi temporis* aan mij kunnen tegenwerpen. [...] Ik kan ook tien of twintig jaar na de levering het onverschuldigd geleverde bezit terugvorderen, ook al is het zeker dat de *praescriptio longi temporis* ter beschikking staat aan degenen, die te goeder trouw tien of twintig jaar hebben bezeten: de *condictio* is echter na dertig jaar uitgesloten.'

Hoe zou deze samenloop zijn opgelost in het geval waarin de bewaarnemer een onverschuldigde betaling had verricht met munten die aan hem in bewaring waren gegeven? Tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* deed zich geen directe procesconsumptie voor,⁴⁶¹ zodat ook hier de vraag rijst of het procesrechtelijke middel van de indirecte consumptie uitkomst bood. Wanneer de eigenaar de accipiënt aansprak, kon de eigenaar niet de *condictio* prijsgeven die niet aan hem, maar aan de bewaarnemer toekwam. Wanneer de bewaarnemer vervolgens condiceerde,⁴⁶² kon de accipiënt zich niet aan het geding onttrekken. De vraag rijst echter of hij aan een veroordeling in de *condictio* zou hebben kunnen ontkomen door in de *formula* een *exceptio doli* te laten opnemen. Het reïpersecutoire doel van de *condictio* was immers reeds bereikt nadat de eigenaar de *rei vindicatio* had ingesteld. Het argument zou dan niet zijn dat de solvent vóór het proces doleus had gehandeld door onverschuldigd te betalen, als wel dat hij doleus handelde door de *condictio* in te stellen.⁴⁶³ Als de eigenaar de munten immers reeds had kunnen revindiceren, had hij geen reden meer om de bewaarnemer met een contractsactie aan te spreken.⁴⁶⁴ De bewaarnemer stond op zijn beurt niet meer bloot aan een actie uit bewaargeving, en had dus geen belang meer bij een *condictio* tegen de accipiënt. De grond voor de *condictio* was weggeval- len. Hierin is een verschil gelegen met de hiervoor besproken *condictio* die de echtgenoot tegen zijn echtgenote kon instellen.⁴⁶⁵ Ook wanneer zijn debiteur in dat geval reeds had gerevindiceerd, had de echtgenoot belang bij de *condictio* die hij zich, in ruil voor het kwijtschelden van de schuld van de debiteur, had laten cederen. De echtgenoot zou dus een verlies leiden als hij de *condictio* niet meer zou kunnen instellen. In dit geval had de bewaarnemer echter geen enkel belang meer bij zijn *condictio*, nu het risico om op grond van het contract aangesproken te worden, was weggenomen. Een *exceptio doli* lijkt daarom op zijn plaats te zijn geweest.⁴⁶⁶ Ook het omgekeerde geval kan zich voordoen waarin de bewaarnemer heeft gecondiceerd en de bewaargever zijn zaak vervolgens wenst te revindiceren. Kan de accipiënt dan verlangen dat de eigenaar hem het bedrag restitueert dat hij tevoren in de *condictio* had betaald? Dat ligt niet in de rede omdat de eigenaar wel degelijk belang heeft om zijn eigen zaak terug te ontvangen – hierin is het verschil gelegen met de debiteur van de echtgenoot die zijn munten wenst te revindiceren. De debiteur was in dat geval immers, na cessie van de *condictio* aan de echtgenoot, bevrijd van zijn schuld jegens hem, zodat hij er in feite geen enkel belang meer bij had om zijn munten van de echtgenote te revindiceren. In dit geval ligt dat anders: als de bewaargever die zijn zaak revindiceert, zou worden gedwongen het bedrag te restitueren dat de accipiënt reeds aan de bewaarnemer had vergoed, zou de *rei vindicatio* van de bewaargever krachteloos wor-

461 D. 47,2,9,1 (Pomponius), *supra*, n. 280.

462 Wanneer de eigenaar zijn zaak zelf had teruggekregen, was ook het reïpersecutoire doel van de *condictio* bereikt, en kwam deze actie te vervallen; zie D. 47,2,55(54),3, *supra*, n. 137.

463 Zie over de *exceptio doli*, *supra*, n. 42.

464 Cf. het geval van de voller, D. 12,7,2 (Ulpianus), waarover *supra*, n. 315.

465 Zie over deze soortgelijke situatie in het kader van D. 46,3,38,1, *supra*, p. 74 sq.

466 Degene die opeiste wat hij direct weer moest teruggeven, procedeerde immers doleus; D. 50,17,173,3 (Paulus, *libro sexto ad Plautium*): 'Dolo facit, qui petit quod redditurus est.' Nu de grond voor de *condictio* was weggeval- len zou de accipiënt, wanneer hij wél was veroordeeld in de *condictio*, dit bedrag met een *condictio sine causa* op zijn beurt hebben kunnen terugvorderen.

den en zou hij aangewezen zijn op een contractuele actie uit bewaargeving tegen de bewaarnemer. Hij zou dus op onaanvaardbare wijze worden gestoord in zijn eigendomsrecht. Het ligt eerder in de rede dat de bewaargever ongestoord kan revindiceren, en dat de accipiënt met een *condictio sine causa* het door hem in de *condictio* aan de bewaarnemer betaalde bedrag terugvordert. Op het moment dat de bewaargever zijn zaak weer heeft teruggekregen – ervan uitgaande dat de accipiënt deze zaak inderdaad heeft teruggegeven nadat de rechter het *iussum de restituendo* heeft uitgesproken – is de grondslag voor de actie van de bewaargever tegen de bewaarnemer immers komen te vervallen, zodat behoud van het in de *condictio* ontvangen bedrag een onverdiend voordeel zou opleveren.

§ 2.7 SLOT: REI VINDICATIO UTILIS EN CONDICTIO

Geen uitzondering op de regel dat de *condictio* in principe eigendomsoverdracht beoogde, maar wel een bijzonder geval van samenloop met de *rei vindicatio* is tot slot te vinden in de navolgende constitutie van de keizers Valerianus en Gallienus:

C. 8,54(55),1: '[pr.] Als jij bewijst dat jij, zoals je stelt, aan jouw kleindochter een schenking hebt verricht onder het beding dat zij jou van een bepaalde alimentatie zou voorzien, dan kan jij, als zij niet aan deze voorwaarde zal gehoorzamen, in dit geval ook een bijzondere *rei vindicatio* verkrijgen, dat is de actie waarmee de voormalige eigendom aan jou wordt gerestitueerd. [1.] Want de *condictio*, een persoonlijke actie, is rehtens van toepassing; maar de vergoddelijkte keizers hebben bepaald dat in dit geval ook een *rei vindicatio* moet worden gegeven.'

⁴⁶⁷

Deze constitutie heeft betrekking op een schenking die is gedaan onder de voorwaarde dat de begiftigde, de kleindochter van de schenker, de schenker van alimentatie zou voorzien. Nu deze voorwaarde niet is nageleefd, rijst de vraag naar de acties die aan de grootvader ter beschikking stonden.⁴⁶⁸ De schenking had tot eigendomsoverdracht geleid zodat een *rei vindicatio* niet tot de mogelijkheden behoorde. Toch verschaft de keizer een bijzondere, op het geval toegesneden, *rei vindicatio utilis*, waarmee de eiser zijn voormalig eigendomsrecht kon herstellen.

⁴⁶⁷ C. 8,54(55),1 (Imperatores Valerianus et Gallienus AA. Gamicæ, a. 258): '[pr.] Si doceas, ut adfirmas, nepti tuæ ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta præberet, vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restituatur tibi. [1.] Nam condictio quidem hoc casu, id est in personam actio, iure procedit: verum vindicationem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.'

⁴⁶⁸ Het intreden van deze voorwaarde had een gematigder goederenrechtelijke werking dan het beding van een beter bod (*in diem addictio*) en de wanprestatie bij koop (*lex commissoria*), twee ontbindende voorwaarden in een koopovereenkomst die bewerkstelligden dat de eiser met de directe *rei vindicatio* kon ageren; zie Zwalf, *Simplex et perpetuum*, p. 55.

De *rei vindicatio utilis* was een *rei vindicatio* die bij uitzondering aan een niet-eigenaar ter beschikking stond en, anders dan de directe *rei vindicatio*, eigendoms-overdracht beoogde, en vormde zo het spiegelbeeld van de *condictio furtiva*, de *condictio* die bij uitzondering aan een eigenaar ter beschikking stond en, anders dan de gewone *condictio*, géén eigendomsoverdracht beoogde.

Deze *rei vindicatio utilis* liep samen met de *condictio*, die eveneens aan de voormalig eigenaar ter beschikking stond. Het voordeel van de *rei vindicatio utilis*, náást de *condictio* was gelegen in de vermindering van het insolventierisico van de kleindochter dat de grootvader droeg, ook al is dit niet met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht. De constitutie behandelt niet de vraag of de *rei vindicatio utilis* ook tegen een derde-bezitter ter beschikking stond; mocht dit het geval zijn dan was daarin een aanvullend voordeel van deze actie in gelegen.

Samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* was in het Romeinse recht een uitzondering. Alleen in geval van diefstal, en in enige diefstal-gerelateerde gevallen, werd de *condictio* naast de *rei vindicatio* aan een eigenaar ter beschikking gesteld. Het procesrechtelijke middel van de indirecte procesconsumptie waarborgde dat in geval van samenloop tussen beide vorderingen de gedaagde niet twee maal aan het risico van een veroordeling werd blootgesteld. In één geval werd een *condictio indebiti* ter beschikking gesteld met het doel slechts het bezit van de zaak op te vorderen. In dit geval werd de gedaagde, buiten een geval van diefstal, op grond van de *rei vindicatio* en de *condictio* aangesproken, zij het dat beide acties aan twee verschillende eisers ter beschikking werden gesteld.

§ 3.1 INLEIDING

De herontdekking van de Digesten in de laatste decennia van de elfde eeuw opende opnieuw de mogelijkheid tot bestudering van Justinianus' gehele wetgevingsproject. Irnerius (c. 1055–1130), de *lucerna iuris* (lantaarn van het recht),¹ maakte in Bologna een aanvang met het onderwijs in het Romeinse privaatrecht en stond zo aan het begin van de traditie waarbij de klassieke wetsteksten door middel van glossen en commentaar geschikt werden gemaakt voor de middeleeuwse rechtspraktijk. De Digesten bevatten immers rechtsregels die op het moment van compilatie in 530–533 reeds een half millennium oud waren, en die slechts met een gedegen uitleg konden worden toegepast. Dit onderwijs in het gerecipieerde Romeinse recht resulteerde in het *ius commune*, het 'gemene' recht, waarvan de kennis zich tegelijk met de oprichting van nieuwe universiteiten verspreidde, en dat als subsidiaire rechtsbron werd aanvaard, voor de talrijke gevallen waarin lokale statuten en gewoonterechtelijke regels op een rechtsvraag geen uitkomst boden.

Het onderwijs in Bologna was niet gericht op het bestuderen van het Romeinse recht als historisch fenomeen, maar als bron van geldend recht. Hiertoe werd de inhoud van de teksten in het Corpus Iuris samengevat (in verschillende *casus*), werden woordverklaringen gegeven (*expositiones verborum*), en werd verwezen naar teksten die tot dezelfde of tot een schijnbaar tegengestelde conclusie leidden (*allegationes similia en contraria*). De codificatie werd immers, naar het voorschrift van Justinianus,² geacht intern consistent te zijn. Wanneer twee teksten dus in tegenspraak leken te zijn – en soms ook waren, omdat de compilatoren zich niet van elk conflict bewust waren geweest – trachtten de glossatoren beide teksten door interpretatie van elkaar te onderscheiden (door middel van *distinctiones*), teneinde de tegenstrijdigheid weg te werken (in *solutiones*).³ Het tastbare resultaat van deze onderwijsmethode waren de verschillende glossenapparaten waar de tekst van het Corpus Iuris van werd voorzien, en die door Accursius

1 Odofredus ad D. 1,1,6; zie Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 146.

2 Zie de const. 'Tanta,' 15, die bij publicatie van de Digesten op 30 december 533 werd uitgevaardigd.

3 Zie Coing, *EP I*, p. 142; Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, p. 68; Schrage, *Utrumque ius*, p. 29; Lange, *Die Glossatoren*, p. 134.

(† 1260/1263⁴) werden samengebracht en samengevat in een doorlopend glossenapparaat: de Glossa Ordinaria.⁵ Steeds is een *sedes materiae* aanknopingspunt voor de behandeling van een bepaald onderwerp; dit is de tekst waar een bepaald onderwerp uitgebreider wordt uiteengezet en waarnaar in andere glossen regelmatig wordt terugverwezen. De Accursische glosse was het eindpunt van de arbeid der glossatoren, maar het begin van dat van de commentatoren. Daarom is Accursius' werk in het bijzonder van belang voor de doorgaande lijn van de rechtsgeschiedenis, ook al was er in zijn tijd niet altijd sprake van een unanieme rechtsopvatting.⁶ Zo kan men van de glosse afwijkende opvattingen vinden in de *lecturae* van Odofredus († 1265), wiens werk werd overschaduwd door dat van zijn rivaal Accursius, maar in Orléans, waar het Romeinse recht vanaf de dertiende eeuw werd bestudeerd, op zelfstandige waarde werd geschat.⁷ Van de hoogleraren uit Orléans is Jacques de Révigny († 1296) in het bijzonder van belang.⁸ Hieronder zullen zijn *lecturae* op de Instituten-titel *De actionibus* en op het *Digestum Vetus* aan de orde komen. De school van Orléans heeft op zijn beurt de veertiende-eeuwse Italiaanse juristen beïnvloed, waaronder de commentator Bartolus de Saxoferrato (1314–1357).

In het kader van dit onderzoek is de vraag van belang hoe de middeleeuwse juristen de interne tegenstrijdigheden tussen de verschillende Romeinsrechtelijke bronnen – enerzijds het principe dat de *condictio* op eigendomsoverdracht was gericht, anderzijds de uitzonderingen die op dit principe bestonden – hebben getracht op te lossen. Werd het principe dat de *condictio* per definitie eigendomsoverdracht beoogde ook in het *ius commune* gehandhaafd, of leidden de uitzonderingen op dit principe – in geval van diefstal en aan diefstal verwante gevallen, en soms in geval van onverschuldigde betaling⁹ – tot verwerping ervan? Gevolg daarvan zou zijn dat een eigenaar ook het *bezit* van een zaak met de *condictio possessionis* zou kunnen condiceren en dat er sprake zou zijn van samenloop van *rei vindicatio* en *condictio*.

In dit hoofdstuk gaat de aandacht uit naar de Glossa Ordinaria van Accursius (§ 3.2), het commentaar van Dinus de Mugello op de titel in de Instituten *De actionibus* (§ 3.3), de *lecturae* van Révigny (§ 3.4), en de commentaren van Bartolus de Saxoferrato (§ 3.5), en Paulus de Castro (§ 3.6).

4 Lange, *Die Glossatoren*, p. 335–37, 340–41.

5 Accursius ving het werk vóór 1234 aan en zette zijn arbeid waarschijnlijk voort tot zijn dood in 1260 of 1263; zie Lange, *Die Glossatoren*, p. 353–56.

6 Zie over het belang van de Glossa Ordinaria: Lange, *Die Glossatoren*, p. 366–67.

7 Lange, *Die Glossatoren*, p. 327–28.

8 Schrage, *Utrumque ius*, p. 59.

9 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

§ 3.2 DE ACCURSISCHE GLOSSE

§ 3.2.1 Inleiding

De glosse bevat niet één *sedes materiae* naar aanleiding waarvan de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* wordt besproken. In het bijzonder van belang zijn de glossen op Ulpianus' regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief,¹⁰ en die op de tekst in de Instituten waarin Justinianus de *condictio furtiva* verklaart als een actie die uit afkeer van dieven was aanvaard.¹¹ In deze paragraaf gaat de aandacht ten eerste uit naar de opvatting van de Accursische glosse over het *iusta causa*-vereiste (§ 3.2.2). Vervolgens rijst de vraag hoe de *condictio furtiva* zich verhield tot de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht was gericht (§ 3.2.3), en tot slot rijst de vraag of de *condictio possessionis* het in het algemeen mogelijk maakte om het bezit van een zaak te condiceren (§ 3.2.4).

§ 3.2.2 Het *iusta causa*-vereiste

Op het eerste gezicht lijkt de vraag naar de betekenis van het vereiste dat aan eigendomsoverdracht een geldige titel, een *iusta causa*, ten grondslag diende te liggen, niet gerelateerd te zijn aan de vraag naar het karakter van de *condictio*. Bij de bespreking van het klassieke Romeinse recht kwam de vraag naar het titelvereiste slechts zijdelings aan de orde: deze was relevant voor de vraag welke actie aan een eiser ter beschikking stond – de *rei vindicatio* wanneer de eigendom nog bij de tradent berustte, de *condictio* wanneer de eigendom op de accipiënt was overgegaan – maar niet voor de vraag naar samenloop. Toch zijn beide leerstukken in de Glossa Ordinaria met elkaar verbonden geraakt. In overeenstemming met het klassieke Romeinse recht beschouwt Accursius de *condictio* als een principieel op eigendomsoverdracht gerichte actie. Dit is voor Accursius zelfs zó vanzelfsprekend, dat hij de *condictio* aan de basis stelt van zijn opvatting over het titelvereiste. Diende een geldige titel in werkelijkheid aanwezig te zijn, of was het voldoende dat de tradent en de accipiënt slechts dachten dat er een titel bestond? Het laatste was het geval, zo stelt Accursius in een glosse op de tekst waarin Paulus te kennen geeft dat eigendom nooit door een enkele levering overgaat, maar slechts dan wanneer er een *iusta causa* voor deze overdracht aanwezig is:¹²

10 D. 7,9,12, *supra*, p. 25, n. 106.

11 I. 4,6,14, *supra*, p. 24, n. 102.

12 Zie D. 41,1,31 *pr.*, *supra*, p. 85, n. 419.

Gl. 'Iusta causa' ad D. 41,1,31 *pr.*: 'Een echte of een vermeende. Anders, als jij zegt dat er op grond van een vermeende titel geen eigendom overgaat, zou dit in strijd zijn met de gehele Digestentitel over de *condictio indebiti*, die van toepassing is wanneer de eigendom van één of andere zaak wordt overgedragen op grond van een vermeende titel.'¹³

Accursius maakt in dit invloedrijke betoog een onderscheid tussen een *causa vera*, een 'echte' titel, en een *causa putativa*, een putatieve of 'vermeende' titel. Beide titels voldoen volgens hem aan het *iusta causa*-vereiste en volstaan daarmee voor eigendomsoverdracht. Van een *causa putativa* kon worden gesproken wanneer er in werkelijkheid geen verbintenis bestond die tot eigendomsoverdracht verplichtte, maar de tradent en de accipiënt, in de veronderstelling dat zo'n verbintenis wel bestond, uitvoering hadden gegeven aan deze vermeende verbintenis.¹⁴ Wanneer tradent en accipiënt meenden dat een betaling was geschied ter voldoening aan een schuld die in werkelijkheid reeds was betaald, dan was slechts sprake van een putatieve titel. Ook in het geval van een *dissensus in causa*¹⁵ – wanneer de tradent en accipiënt een verschillende reden voor overdracht voor ogen stond – was er sprake van een putatieve titel.¹⁶ Hoewel een vermeende titel afdoende was voor overdracht, was een blijvende vermogensverschuiving niet gerechtvaardigd en kon de tradent met de *condictio indebiti* terugvordering eisen.

De aanvaarding van de putatieve titel als *iusta causa* voor eigendomsoverdracht vloeit volgens Accursius voort uit het bestaan van de bepalingen in de Digesten over de *condictio indebiti*. Als een putatieve titel niet tot eigendomsoverdracht zou leiden, zo stelt Accursius, en men een 'echte,' dat wil zeggen, een in verbintenisrechtelijke zin geldige, titel (*causa vera*) zou verlangen, dan zou dit in strijd zijn met de titel in de Digesten over onverschuldigde betaling. Deze Digestentitel zou dan overbodig zijn, zo volgt uit dit betoog. Uit het feit nu dat terugvordering na een onverschuldigde betaling plaatsvindt door middel van de, op eigendomsoverdracht gerichte, *condictio indebiti* en niet op grond van de *rei vindicatio*, volgt dat deze onverschuldigde betaling eigendom op de accipiënt had doen overgaan. De vraag of eigendomsoverdracht plaatsvond was, anders gezegd, niet afhankelijk van de vraag of voor overdracht een 'echte,' in werkelijkheid bestaande, titel bestond. Hiermee was volgens Accursius het bewijs geleverd dat een putatieve titel afdoende was voor eigendomsoverdracht.¹⁷

13 Gl. 'Iusta causa' ad D. 41,1,31 *pr.*, f. 61 v^o: 'Vera vel putativa. Alioquin si dicas ex putativa non transferri dominium, totus titulus de conditione indebiti repugnaret; qui titulus habet locum, quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa.'

14 Zie Kaser, *BIDR* 64, p. 87.

15 *Supra*, p. 86, n. 426.

16 Zie over de glosse 'iusta causa': Landsberg, *Die Glosse des Accursius*, p. 107; Van Oven, *Praeadvies*, p. 67; Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326; Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 32; Zimmermann, *Obligations*, p. 867, n. 200; Zwalf, *GEPR*, p. 247 sq.

17 De putatieve titel werd reeds door glossatoren vóór Accursius erkend; zie Dondorp & Schrage, *Levering krachtens geldige titel*, p. 45. Zie ook de gl. 'Acquiruntur' ad I. 2,1,40: 'causa praecedente vera, vel putativa, ut in debitum, alias non.'

Het betoog van de glosse lijkt logisch sluitend te zijn en het is dan ook nog tot in de twintigste eeuw gebruikt ter onderbouwing van een abstract stelsel van eigendomsoverdracht.¹⁸ In een abstract stelsel wordt de vraag of eigendomsoverdracht plaatsvindt geabstraheerd van de vraag of de titel die tot deze eigendomsoverdracht aanleiding had gegeven, obligatoir gezien geldig is. Het komt aan op de *wil* van partijen om eigendom over te dragen.¹⁹ Dit abstracte stelsel staat tegenover het causale stelsel, waarin de eigendomsoverdracht afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of er sprake is van een *causa vera*: een titel die in verbintenisrechtelijke zin obligatoir geldig is.²⁰

Het argument van de glosse is voor weerlegging vatbaar – het kan, zoals Van Oven schrijft, ‘in den bodem’ worden geslagen.²¹ Wanneer immers voor eigendomsoverdracht een *causa vera* zou zijn vereist, dan zou de tradent weliswaar in eerste instantie de *rei vindicatio*, en niet de *condictio*, tot zijn beschikking hebben gehad, maar dan zou hij in bepaalde gevallen toch op de *condictio* hebben moeten terugvallen. Wanneer de geleverde zaak was geconsumeerd of op origineire wijze in eigendom was verkregen, verviel immers de *rei vindicatio* en had de *condictio*, ook in een causaal stelsel, een functie te vervullen, zij het slechts als substituuat van de *rei vindicatio*.²² Het bestaan van de Digestentitel over de *condictio indebiti* is dus op zichzelf niet in tegenspraak met een systeem waarin een obligatoir geldige titel voor eigendomsoverdracht was vereist. De bepalingen omtrent de onverschuldigde betaling leveren, anders gezegd, geen sluitend bewijs op dat ook een *causa putativa* aan het *iusta causa*-vereiste voldeed. Dit neemt echter niet weg dat, wanneer de tradent direct naar de *condictio* werd verwezen, hier wel degelijk uit kon worden afgeleid of eigendom was overgegaan. Stel dat een eigenaar die een onverschuldigde betaling had verricht *uitsluitend* de beschikking had over de *condictio indebiti*, nog voordat de onverschuldigd betaalde zaak was

18 *Infra*, p. 203, onder II.

19 De eis dat de tradent met de *traditio* de wil had om eigendom over te dragen was overigens reeds door Theophilus in de paraphrase op I. 2,1,40 als eis voor eigendomsoverdracht geïdentificeerd; zie Van Oven, *Praeadvies*, p. 63.

20 Deze onderscheiding is iets te scherp; tussen een abstract stelsel en een causaal stelsel kan men de *animus dominii transferendi*-theorie plaatsen, waarbij wilsovereenstemming tussen partijen vereist is. Een wilsgebrek bij één van de partijen bij de totstandkoming van de tot eigendomsoverdracht verplichtende verbintenis zal volgens deze theorie niet leiden tot eigendomsoverdracht. Wanneer men echter uitgaat van een volledig abstract stelsel wordt ook van deze wilsgebreken geabstraheerd: ook wanneer één van de partijen bij het contracteren in dwaling verkeerde, kan eigendom overgaan, zolang *bij de overdracht* maar de wil tot overdracht bestond. Zie voor dit onderscheid en een historisch overzicht van de theorieën over het *iusta causa*-vereiste: Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 171–72.

21 Van Oven, *Praeadvies*, p. 33–34, onder verwijzing naar Hofmann, *Titulus und modus adquirendi*, p. 121. Zie ook Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 189.

22 Men bedenke bovendien dat, wat het klassieke Romeinse recht betreft, deze discussie betrekking heeft op de *traditio*, waarover *supra*, p. 85, n. 417. Ook wanneer er voor de *traditio* een causaal stelsel zou hebben gegolden, dan werkte de, ten tijde van Justinianus reeds afgeschafte, *mancipatio* nog altijd abstract, zodat de *condictio* daar in ieder geval een functie had te vervullen.

geconsumeerd of op origineire wijze in eigendom verkregen, dan zou dit het bewijs zijn dat een *causa putativa* in dit geval grond was voor eigendomsoverdracht.²³ Het was dus in zo'n geval veeleer de onmogelijkheid te revindiceren die het bewijs voor de putatieve titel vormde, en niet het bestaan van de *condictio indebiti* in abstracto.²⁴ Het probleem bij de vaststelling van een algemene theorie over de *causa* van eigendomsoverdracht is dat de teksten uit het Corpus Iuris, zoals hierboven reeds bleek, elkaar tegenspreken.²⁵

Het betoog van de glosse 'Iusta causa' is gebaseerd op de opvatting dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht. Als de *condictio* immers ook op bezitsverschaffing zou kunnen zijn gericht, dan zou uit de beschikbaarheid van de *condictio* bij onverschuldigde betaling niet kunnen worden afgeleid dat de eigendom van de onverschuldigd betaalde zaak was overgegaan. De theorie dat een putatieve titel voor overdracht voldoende was, zou daarmee op losse schroeven komen te staan. Nu Accursius de *condictio* gebruikt om het *iusta causa*-vereiste te preciseren, zou men verwachten dat dit gepaard gaat met een stellige verwerping van de *condictio possessionis*. Toch blijkt dit niet het geval te zijn. Om te begrijpen hoe de glosse zich uit het aldus gerezen probleem tracht te redden, zal eerst aandacht worden besteed aan de *condictio furtiva*, de voornaamste uitzondering op het principe dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogt, en vervolgens op de uitbreiding van het toepassingsgebied van de *condictio* op grond van de glosse 'Nisi furi.'

§ 3.2.3 De *condictio* vanwege diefstal

In het *ius commune* werd aan de onderverdeling tussen de verschillende *condictiones* een groter gewicht toegekend dan in het klassieke, en zelfs het Justiniaanse, Romeinse recht het geval was geweest.²⁶ Zo maakt de glosse een onderscheid tussen de *condictio certi* (*specialis*) die voor in verbruikleen gegeven zaken ter beschikking staat,²⁷ en de *condictio triticaria*, die voor andere zaken dan geld is bestemd en ook voor een *incertum*, zoals een erfdiensbaaerheid of het bezit van een zaak.²⁸ Dit onderscheid is relevant voor de vraag of met de *condictio* iets anders geëist kan worden dan eigendomsoverdracht.

23 Het was van belang dat de tradent eigenaar was, omdat de *condictio* anders alleen betrekking zou hebben gehad op het bezit van de zaak, zoals in D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

24 Dit argument vindt men bij Van Oven, *Praeadvies*, p. 34–35, die het 'treffend' acht dat 'bij de casuïstische uitwerking der *condictiones* zelfs geen melding gemaakt wordt van de mogelijkheid dat in sommige gevallen de condictie plaats zal moeten maken voor een revindicatie mits deze mogelijk zij.' Zie ook Gordon, *Essays Nicholas*, p. 128; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 190.

25 Zie § 2.6.2, *supra*, p. 84.

26 Zie het algemene overzicht over het verrijktingsrecht in het tijdvak 1100–1400 bij Dawson, *Unjust Enrichment*, p. 64 sq.

27 Gl. 'Certi condictio' ad D. 12,1,9 *pr.* Zie voor het relevante citaat van deze tekst, *supra*, p. 20, n. 74.

28 Gl. 'Qui certam' ad D. 13,3,1 *pr.*

In het geval van de *condictio certi* kan men slechts eigendomsoverdracht vorderen, zo stelt Accursius:

Gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.*: 'Wat een *certum* is heb je hierboven gelezen bij D. 12,1,6. Versta onder een *certum* het geven van een zaak omdat die zaak is verschuldigd, niet omdat die van mij is, want in dat geval wordt de *rei vindicatio* gegeven, en niet de *condictio*, behalve tegen een dief, zoals volgt uit D. 7,9,12 hierboven.'²⁹

Als een eiser reeds eigenaar is, dan stelt de glosse dat hij zich niet van de *condictio certi*, maar van de *rei vindicatio* moet bedienen. Accursius vervolgt:

Gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.* (slot): 'Maar wordt deze *condictio* nooit gegeven in het geval een actie uit bruikleen of pand van toepassing is? Ik antwoord van niet omdat hier niet een actie wordt gegeven om eigendomsoverdracht te bewerkstelligen, noch om datgene wat niet van mij is, geleverd te krijgen, maar om aan mij te restitueren.'³⁰

Accursius maakt hier een onderscheid tussen het *petitum* (of eis) waarbij de eiser stelt dat de gedaagde aan hem in eigendom moet overdragen (*dare*) en het *petitum* waarbij de gedaagde slechts moet restitueren (*restituere*). De glosse stelt dat de *condictio certi* niet ter beschikking staat in die gevallen waarin de eiser slechts restitutie van een zaak wenst, zoals wanneer hij procedeert voor teruggave van een zaak die hij in pand of bruikleen had gegeven. Maar hoe kan men verklaren dat de *condictio*, waarbij de gedaagde wordt verplicht om een *datio* te verrichten – hetgeen ook door de glosse zo wordt opgevat dat de gedaagde verplicht is in eigendom over te dragen³¹ – in geval van diefstal kan worden ingesteld? De *condictio furtiva* lijkt het systeem immers te ondermijnen: 'Het lijkt dat dit niet kan standhouden,' overweegt Accursius dan ook in een glosse op de Instituten, 'want het is zeker dat degene die procedeert eigenaar was, en het ook nu is omdat hij de eigendom niet zonder eigen handeling heeft kunnen prijsgeven.' Het probleem dat de *condictio furtiva* oplevert kan dus zo worden omschreven: 'Iemand kan niet procederen opdat datgene wat van hem is, aan hem gegeven wordt; en toch zegt

29 Gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 192 v^o: 'Quid sit certum, habes supra eodem l. "Certum" et subaudi hic, scilicet dari ut debitum: non ut meum: quia tunc vindicatio, non condi[c]tio datur, nisi contra furem: ut supra usufru. quemad. ca. l. fi.'

30 Gl. 'Certum petitur' *i.f.* ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 192 v^o: 'Sed nunquid in loco actionis commodati, vel pignoratitiae, vel similis datur haec condictio? Respondeo non: quia ibi neque ad dandum, neque ad tradendum, quod non sit meum, daretur; sed ad meum restituendum.'

31 Gl. 'Oportet' ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: 'Id est oportet, quod non detur. Est enim impossibile quod non detur, ut subiicit, quia dare est accipientis facere, ut subiicit, nec res, que et cetera.' ('Dat wil zeggen dat hij niet verplicht is te geven. Het is immers onmogelijk dat hij niet geeft opdat hij prijsgeeft, omdat "geven" eigendom overdragen is, opdat hij prijsgeeft, hetgeen niet mogelijk is bij een zaak die, enzovoorts.')

deze tekst dat dit kan.³² De glosse beschouwt de *condictio furtiva* dan ook als strijdig met het wezen van de overige *condictiones*:

Gl. 'Soli domino' ad. D. 13,1,1: 'Dit is tegen het wezen van de andere *condictiones*, want die worden gegeven aan personen die geen eigenaren zijn, zoals blijkt uit D. 7,9,12 *i.f.*, maar hier en in I. 4,6,14 [procedeert] een eigenaar en een quasi-eigenaar.'³³

Aanknopingspunt voor de oplossing van dit conflict is de hier door de glosse geciteerde tekst waarin Ulpianus de regel verwoordt dat niemand zijn eigen zaak met de *condictio* kan opeisen, behalve van een dief. De middel-eeuwse juristen citeren deze regel onafhankelijk van de context van vruchtgebruik waar zij oorspronkelijk mee verbonden was.³⁴ Zo schrijft de commentator Dinus de Mugello († 1303) bondig:

'Niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief.'³⁵

Met nog meer kracht verwoordt de dertiende-eeuwse jurist Révigny dit beginsel aldus:

'Elke *condictio*, behalve de *furtiva*, in onverenigbaar met het eigendomsrecht.'³⁶

De *condictio* tegen de dief heeft dus in het *ius commune* haar bijzondere positie behouden. De glosse vat de categorie van dieven ruim op, zodat ook sommige personen die zich strikt genomen niet aan het delict *furtum* schuldig hebben gemaakt, door een eigenaar met de *condictio* kunnen worden aange-

32 Gl. 'Si apparet' ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: 'Id est quia apparet eos et cetera. Idem dicitur de actione in personam. Sed videtur hoc stare non posse. Nam certum est, eum qui agit dominum fuisse ergo et nunc est quia sine facto suo dominium ab eo discedere non potuit, ut ff. de re. iu. l. "Id quod nostrum" et C. de proba. l. "Sive possidetis." Ergo non potest agere ut sibi detur quod est suum, et tamen hic dicit quod sic.'

33 Gl. 'Soli domino' ad D. 13,1,1, f. 213 v^o: 'Hoc est contra naturam aliarum condi[c]tionum. Nam non dominis tantum dantur, ut supra usufr. quemad. ca. l. fi. Sed hec domino, ut hic et insti. de actio. § "Sic itaque" et quasi domino.'

34 D. 7,9,12 *i.f.*, *supra*, p. 25, n. 106.

35 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o: 'Nemo condicit rem suam praeterquam a fure.' Zie over het commentaar van Dinus § 3.3.2, *infra*, p. 116. Zie ook de verwoording van deze regel door Vinnius ad I. 4,6,14, p. 897 a: 'Breviter regulam cum exceptione sic expressit: nemo rem suam, nisi furi, condicere potest.'

36 Révigny ad I. 4,6,14; in de teksteditie van Van Soest-Zuurdeeg, *La Lecture*, r. 27: 'omnis condictio, preter furtivam, abhorret dominium.' Zie ook het commentaar van Révigny ad D. 7,9,12, f. 158 r^o b, waarover uitgebreid § 3.4.3, *infra*, p. 122: 'Dicitur ibi quod nemo condicit rem suam nisi a fure; quidam volebat dicere quod ab alio quam a fure nemo condicit rem suam.' ('Hier wordt gezegd dat niemand zijn eigen zaak condiceert behalve van een dief; werkelijk wilde [Ulpianus] zeggen dat niemand zijn eigen zaak van iemand anders condiceert dan van een dief.')

sproken.³⁷ De glosse stelt de *condictio* dan ook ter beschikking tegen ‘welke bezitter te kwader trouw van andermans zaak dan ook, en niet alleen de dief,’³⁸ of, volgens een andere formulering, tegen ‘dieven en soortgelijke personen’:

Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12: ‘Ik kan immers de *condictio* instellen tegen dieven en tegen soortgelijke personen, zoals blijkt uit D. 13,3,1,1, D. 13,3,2, I. 4,1,19 en D. 12,1,4,2; en volgens Martinus³⁹ kan de *condictio* ook tegen hen worden ingesteld, omdat zij zaken hebben onvreemd met het doel zich deze zaken toe te eigenen.’⁴⁰

De glosse vat de uitzondering voor diefstal dus extensief op, maar dit is geen verrassing. Ook Gaius schrijft immers dat de *condictio* ter beschikking staat tegen dieven en ‘enige andere bezitters.’⁴¹ Eén van deze ‘soortgelijke personen’ was, zoals wij zagen, de pandhouder die de aan hem verpande zaak na aflossing van de schuld niet wilde teruggeven.⁴² Ook de glosse beschouwt deze pandhouder als dief die met de *condictio furtiva* kan worden aangesproken:

Gl. ‘Res pignori’ ad D. 12,1,4,1: ‘Als sprake is van een roerende zaak waarvan men diefstal kan plegen, dan kan men condiceren met de *condictio furtiva* en met welke andere *condictio* dan ook, zoals blijkt uit I. 2,6,3. Op dezelfde wijze is met betrekking tot onroerende zaken de *condictio sine causa* van toepassing tegen een diefachtige crediteur of tegen een rover, maar niet tegen iemand anders, zoals blijkt uit I. 4,6,14. Maar zie, met betrekking tot het bezit, D. 12,6,15,1 hieronder. Volgens Lotharius⁴³ wordt immers met betrekking tot het bezit dat iemand zich heeft toegeëigend de *condictio furtiva* gegeven omdat deze persoon meteen diefstal schijnt te plegen van hetgeen hij voor zichzelf bestemde, zoals blijkt

37 Zie § 2.5, *supra*, p. 67.

38 Gl. ‘In rem actio’ ad I. 4,6,14, f. 58 vº: ‘Item notatur quod hic paragraphus locum habet in quolibet malefidei possessore aliene rei non solum in fure, ut supra de rerum di. § “Si cum [lees: tamen]” et ff. de condi. triti. l. in fi. et l. ii in prin.’ (‘Tevens wordt opgemerkt dat deze paragraaf betrekking heeft op welke bezitter te kwader trouw van andermans zaak dan ook, en niet alleen op de dief, zoals blijkt uit I. 2,1,26, D. 13,3,1,1 en D. 13,3,2.’)

39 Martinus (c. 1100–vóór 1166) was één van de *quattuor doctores* die Irnerius in Bologna opvolgden; zie Lange, *Die Glossatoren*, p. 170–71.

40 Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12, f. 104 vº: ‘A furibus enim, et similibus possum condicere: ut infra de condi[c]tione triti. l. 1 in fi. et l. ii. et instit. de obligati. que ex ma. § fi. et infra si certum petatur l. “Si quis nec” § fi. et hoc ideo ab eis; quia ideo surripiunt, ut faciant suam, secundum M[artinus].’

41 G. 2,79 (≈I. 2,1,26), *supra*, p. 33, n. 147.

42 Deze pandhouder kon een dief zijn, maar in het kader van de *condictio* werd niet de eis gesteld dat de pandhouder met een frauduleuze intentie had gehandeld; zie D. 12,1,4,1, *supra*, p. 76, n. 358.

43 Lotharius Cremonensis (eind twaalfde–begin dertiende eeuw) was wellicht een navolger van Martinus, *supra*, n. 39; zie Schrage, *Utrumque ius*, p. 46; Lange, *Die Glossatoren*, p. 240.

uit het slot van D. 47,2,68(67),5. Dit is niet een geval waarin het enkele bezit wordt gecondiceerd, omdat [de eiser] in zo'n geval het bezit en niet de eigendom zou condiceren, terwijl hij geen eigenaar zou zijn, zoals het geval is in D. 13,3,2. Hier is er echter sprake van een *condictio* met betrekking tot de zaak (een *condictio rei*).⁴⁴

Ook degene die een zaak in eerste instantie rechtmatig onder zich had, zoals hier op grond van een pandcontract, kan diefstal van die zaak plegen zodra de rechtvaardiging voor zijn houderschap was weggevallen. De verwijzing naar de stelling van Lotharius dat ook de pachter die na afloop van de pachttermijn vruchten trekt, hiervan diefstal pleegt, dient ter ondersteuning van dit argument. Toch is deze glosse gecompliceerder dan men zou verwachten. Aan het begin wordt een onderscheid gemaakt tussen roerende en onroerende zaken. Zowel de pandhouder van een roerende zaak als van een onroerende zaak wordt, nadat er betaald is, door de glosse als dief aangemerkt die met de *condictio* kan worden aangesproken als hij de verpande zaak niet had teruggegeven. Voor een onroerende zaak staat de *condictio sine causa* ter beschikking en voor een roerende zaak staat de *condictio furtiva* ter beschikking, of – en dit is opvallend – ‘welke *condictio* dan ook’ (*qualibet alia condictio*).

Hoe kan de beschikbaarheid van ‘welke *condictio* dan ook’ voor achtergehouden roerende zaken worden verklaard? Men zou verwachten dat de *condictio furtiva* wordt beschouwd als de enige *condictio* die niet op eigendomsoverdracht is gericht. Als elke *condictio* tegen een dief beschikbaar is, waarom zou er dan nog behoefte bestaan aan een afzonderlijke *condictio furtiva*? Het blijkt hier niet om een verschrijving te gaan. In het *ius commune* was de opvatting wijdverbreid dat elke *condictio* zijn ware, dat wil zeggen op eigendomsoverdracht gerichte, karakter verloor zodra deze tegen een dief werd ingesteld. De middeleeuwse juristen spreken van de ‘degeneratie’ van de *condictio* zodra deze tegen een dief aanhangig wordt gemaakt. Men vindt

44 Gl. ‘Res pignori’ [soms aangeduid als de gl. ‘Condici potest’] ad D. 12,1,4,1, f. 192 r^o: ‘Condici potest condi[c]tione furtiva et qualibet alia condi[c]tione si res mobilis est in qua furtum possit committi, ut insti. de usuca. § “Quod autem.” Item condi[c]tione sine causa etiam pro immobile a creditore fure sive praedone ab alio non ut insti. de actio. § “Sic itaque” et respectu possessionis ut infra de condi. inde. l. “Indebiti” § “Sed si nummi.” Secundum Loth[arius] facit enim possessio ut eius respectu detur condictio furtiva. cum videatur facere furtum statim ex quo sibi habere destinavit ut infra de fur. inficiando in fi. respon. Quod nihil est quod tantum possessio condicatur quia tunc possessionem, non rem condiceret si non sit dominus ut infra de triti. l. ii; hic autem loquitur de condi[c]tione rei.’

deze opvatting onder andere bij Dinus,⁴⁵ Révigny,⁴⁶ Bartolus,⁴⁷ en Baldus.⁴⁸ Toch is dit een wonderlijke vaststelling. Aan de ene kant onderscheidt de glosse scherp tussen de verschillende *condictiones*, zoals blijkt uit het feit dat het kennelijk van belang was dat een onroerende verpande zaak met de *condictio sine causa* werd opgevorderd.⁴⁹ Maar aan de andere kant blijkt dat, wat betreft roerende zaken, elke *condictio* tegen een dief kan worden ingesteld, waardoor het onderscheid tussen de verschillende *condictiones* juist lijkt te vervagen. De 'degeneratie' van de *condictio* kan evenwel worden verklaard aan de hand van deze *condictio* tegen de pandhouder. In dit geval is sprake van een *condictio* die door een eigenaar wordt ingesteld met betrekking tot zijn eigen zaak. Dit betekent dat de pandhouder als 'dief' móet worden aangemerkt zodat deze *condictio* geen conflict oplevert met de regel dat een eigenaar zijn zaak slechts van een dief kon condiceren. Maar deze *condictio* tegen de pandhouder was in het Corpus Iuris niet in titel D. 13,1 over de *condictio furtiva* opgenomen, en ook niet als zodanig betiteld, maar was opgenomen in de algemene titel D. 12,1 *De rebus creditis si certum petetur et de condictione*. De *condictio* tegen de pandhouder kon dus geen *condictio furtiva* zijn, trouw als de juristen van het *ius commune* waren aan de indeling van de Digesten. De *degeneratio* van elke *condictio* wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld, kan men daarom juist begrijpen tegen de achtergrond van het strikte onderscheid tussen de verschillende *condictiones*. Stel dat een eiser een onverschuldigde betaling had verricht en de accipiënt ten processe een dief bleek te zijn omdat hij wist van het onverschuldigde karakter van de

45 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v°. Dinus stelt overigens dat volgens de glosse alleen de *condictio furtiva* tegen de dief ter beschikking staat: 'glossa dicit quod nemo condicit rem suam praeterquam a fure, id est nulla alia condictio, nisi condictio furtiva, datur contra furem.' ('De glosse zegt dat niemand zijn eigen zaak condiceert behalve van een dief, dat wil zeggen dat er geen andere *condictio*, behalve de *condictio furtiva* tegen de dief wordt gegeven.') Uit de tekst van Ulpianus zou volgens Dinus het tegendeel volgen: 'Textus non dicit hoc, quod non det alia. Sed dicit quod nemo, et cetera. Textus non distinguit species conditionem.' ('De tekst zegt niet dat er geen andere *condictio* wordt gegeven. De tekst zegt dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, maar onderscheidt niet naar gelang de specifieke *condictio*.') Uit het citaat van de gl. 'Res Pignori' in n. 44 blijkt echter dat reeds de glosse elke *condictio* tegen een dief beschikbaar stelt.

46 Révigny, *La lecture*, p. 225, r. 32, in zijn *lectura* op I. 4,6,14: 'Unde omnis condictio degenerat contra furem.' Révigny verwijst hierbij naar de opvatting van Martinus.

47 Bartolus ad D. 12,1,4,1, f. 7 r° a: 'omnis enim condictio degenerat contra furem.'

48 Baldus de Ubaldis ad D. 12,1,4,1, f. 7 r° b: 'Quod dominus condicat rem suam respectu domini, secus in aliis conditionibus, ut l. i in fi et l. 2 infra de triti. Quae dicit rem condici, quia omnis condictio degenerat contra furem, in omnis condictio datur contra natura sui generis.' ('Dat een eigenaar een *condictio* instelt met betrekking tot de eigendom van zijn eigen zaak, is tegengesteld aan de andere *condictiones*, zoals blijkt uit D. 13,3,1,1 en D. 13,3,2. De tekst zegt dat men de zaak kan condiceren omdat elke *condictio* tegen een dief zijn ware aard verliest en dat elke *condictio* tegen zijn eigen natuur in wordt gegeven.')

49 Dit was een gevolg van de Byzantijnse rubricering, die een einde had gemaakt aan de klassieke *condictio* met zijn uniforme *formulae*.

betaling,⁵⁰ moest de eis dan worden afgewezen omdat er ten onrechte met de *condictio indebiti* was geprocedeerd en niet met de *condictio furtiva*? In het klassieke Romeinse recht zou deze vraag nooit zijn gerezen: de *formula* was in beide gevallen hetzelfde.⁵¹ Maar indien de eiser een keuze diende te maken voor een bepaalde *condictio* zou hij na de verkeerd gekozen actie zijn rechtsingang vanwege het *ne bis in idem*-beginsel hebben verloren. Dit scenario kon worden voorkomen als elke *condictio* tegen een dief ter beschikking werd gesteld.

Accursius overweegt in het vervolg van de glosse ‘Res pignori,’ zoals wij zagen, dat de eigenaar een dief of rover met de *condictio* kan aanspreken, maar niet iemand anders, en ter ondersteuning verwijst hij naar de bekende tekst uit de Instituten over de *condictio furtiva*.⁵² Wanneer wij de glosse op die tekst raadplegen, zien wij dat de centrale vraag naar de verklaring van de *condictio* tegen een dief niet wordt beantwoord. De glosse draagt, na het probleem van de *condictio furtiva* te hebben uiteengezet,⁵³ slechts twee mogelijke oplossingen aan, zonder hierbij een keuze te maken:

Gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Zeg dat er een verband moet worden gelegd met de soort en niet met het specifieke geval. Het schijnt dat deze tekst zegt dat door middel van deze persoonlijke actie wordt geprocedeerd om iets anders te bewerkstelligen dan eigendomsoverdracht. Maar hier wordt toch geen eigendomsoverdracht gevorderd, en het is dus wonderlijk dat ik eis dat mijn zaak door middel van een persoonlijke actie aan mij wordt gerestitueerd; in andere gevallen kan dit niet, zoals blijkt uit D. 7,9,12 en D. 12,6,55. Onder dergelijke omstandigheden is hetgeen hier wordt gezegd bijzonder. – Of zeg dat hier wordt geageerd om overdracht te bewerkstelligen: namelijk “overdracht” van het bezit dat ik had verloren door diefstal, zoals blijkt uit D. 41,2,15 en D. 13,3,2.’⁵⁴

De eerste zin van deze glosse is cryptisch, want wat wordt bedoeld met de verwijzing naar ‘de soort’ en ‘het specifieke geval’? Wat de glosse hier waarschijnlijk bedoelt, is dat de *condictio* weliswaar normaal gesproken eigendomsoverdracht beoogde, maar dat hier alleen in het ‘specifieke geval’ van diefstal een uitzondering op wordt gemaakt. Volgens deze opvatting is de *condictio* van de eigenaar tegen de dief ‘wonderlijk’ (*mirabilis*) en ‘bijzonder’ (*specialis*): een uitzondering die niets afdoet aan het feit dat de *condictio* nor-

50 D. 13,1,18 (Scaevola), *supra*, p. 55, n. 266.

51 De *condictio indebiti* was dus niet aan de *voorwaarde* gebonden van de goede trouw van de accipiënt, *supra*, p. 84.

52 I. 4,6,14, *supra*, p. 24, n. 102.

53 Het eerste deel van de glosse ‘Si apparet’ is reeds geciteerd, *supra*, n. 32.

54 Gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: ‘Sed dic relationem esse faciendam ad genus non ad speciem quasi dicat ea actione per quam alias agitur ad dandum, scilicet personali. Sed hic non ad dandum intenditur et ita est mirabile quod rem meam per personalem actionem peto restitui. Alias contra, ut ff. usufruc. quemad. ca l. fi. et ff. de condi. inde. l. “Si urbana.” Sed est speciale ut hic dicitur. Vel dic, agi etiam ad dandum. scilicet possessionem dandam quam amiseram per furtum, ut ff. de acqui. pos. l. “Rem que a nobis” et ff. de condi. tritica lege secunda.’

maal gesproken op eigendomsoverdracht is gericht. De tweede oplossing die de glosse aandraagt houdt in dat de *datio*, de eigendomsoverdracht waar de gedaagde in de *condictio* toe is verplicht, ruim moet worden opgevat. De *datio* zou niet alleen op eigendomsoverdracht kunnen duiden, maar ook op bezitsverschaffing. Gevolg van deze opvatting zou zijn dat de *condictio furtiva* in het geheel geen uitzonderingspositie meer zou bekleden die afzonderlijke verklaring zou behoeven. Deze oplossing is aantrekkelijk, maar in strijd met het beginsel dat *dare* moet worden begrepen als ‘eigendom aan de accipiënt overdragen’ – een uitleg die de glosse óók onderschrijft.⁵⁵ Deze tweede opvatting wijst echter wel uit dat in ieder geval werd overwogen dat ook het bezit van een zaak in het algemeen – ook buiten het geval van diefstal – een vermogenswaarde vertegenwoordigde die gecondiceerd kon worden. Het principe dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht was gericht, wankelde.

§ 3.2.4 De *condictio possessionis*

Wanneer wij nogmaals de aandacht vestigen op de glosse ‘Res pignori’,⁵⁶ dan valt het op dat Accursius, tussen de verwijzingen naar de Instituten en Lotharius door – verwijzingen die beide dienen ter ondersteuning van de stelling dat de pandhouder een dief is – spreekt over de *condictio* met betrekking tot het bezit (*respectu possessionis*). De glosse wijst hierbij op de tekst waarin Paulus de *condictio* ter beschikking stelt aan degene die andermans munten onverschuldigd heeft betaald.⁵⁷ Het gaat hier dus *niet* om een voorbeeld van een geval waarin de *condictio* tegen een dief wordt ingesteld. Reeds Azo († ná 1229⁵⁸), één van de leermeesters van Accursius,⁵⁹ identificeert deze tekst van Paulus in zijn *Brocardica* als een voorbeeld van een tekst waarin het bezit wordt gecondiceerd (*possessio condicetur*).

De benaming *Brocardica*, of *Brocarda*, duidt op een verzameling korte uitspraken die aan de hand van enkele relevante teksten uit het Corpus Iuris worden onderbouwd.⁶⁰ Zo wijst Azo in zijn rubriek *possessio condicetur* niet alleen op deze tekst van Paulus, maar ook op twee teksten waarin Ulpianus stelt dat degene die van zijn landgoed is verdreven, het bezit van dit landgoed kan condiceren.⁶¹

55 Gl. ‘Oportet’ ad I. 4,6,14, *supra*, n. 31.

56 *Supra*, n. 44.

57 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

58 Lange, *Die Glossatoren*, p. 259; ook Azo Portius genoemd; *op. cit.*, p. 255.

59 *Op. cit.*, p. 337.

60 Zie over dit genre: Lange, *Die Glossatoren*, p. 142; Schrage & Dondorp, *Utrumque ius*, p. 33.

61 Azo, *Brocardica*, p. 390, verwijst naar D. 13,3,2 en D. 47,2,25,1, zie § 2.5.5, *supra*, p. 81. Azo verwijst bovendien naar twee teksten die wij nog niet eerder waren tegengekomen: D. 4,2,21,2 (Paulus), over de levering van andermans landgoed en het verschil tussen de waarde van het bezit en de eigendom van dit landgoed, en D. 24,3,11 (Pomponius), over een echtgenote die andermans zaak in bruidsschat geeft.

Ook in zijn glosse op de Instituten, in het kader waarvan de mogelijkheid om het bezit van een zaak te kunnen vorderen reeds aan de orde was gekomen,⁶² verwijst Accursius naar deze tekst van Paulus:

Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14 (vervolg): 'Soms wordt ook tegen een bezitter te goeder trouw de *condictio* vanwege het bezit ter beschikking gesteld, zoals blijkt uit D. 12,6,15,1.'⁶³

Deze *condictio* met betrekking tot het bezit (*condictio ratione possessionis*) kon een eiser niet alleen instellen tegen bezitters te kwader trouw, maar 'soms' (*interdum*) ook tegen bezitters te goeder trouw. Opnieuw is dit een vrij aarzelende erkenning van de mogelijkheid om ook buiten het geval van diefstal de *condictio* voor het bezit toe te staan. De vraag rijst daarom temeer hoe deze *condictio ratione possessionis* zich verhoudt tot de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht. De glosse op de tekst van Paulus verklaart:

Gl. 'Ut vel' ad D. 12,6,15,1: 'Ook wordt opgemerkt dat hier ter verkrijging van het bezit een persoonlijke actie wordt gegeven, namelijk de *condictio triticaria* zoals hieronder in D. 13,3,1,1 en D. 13,3,2, hetgeen zeldzaam is; ook worden er interdicten gegeven, hetgeen blijkt uit I. 4,15 *pr.*'⁶⁴

Ook met de opvatting dat het opeisen van het bezit van een zaak met de *condictio* een 'zeldzaam' geval betreft, zijn wij niet veel verder.

Odofredus († 1265) kent deze terughoudendheid niet. Odofredus bespreekt het argument dat tegen de beschikbaarheid van de *condictio* in dit geval is aangevoerd: 'het schijnt dat de *condictio indebiti* niet van toepassing zal zijn als er bezit en geen eigendom wordt overgedragen, zoals blijkt uit D. 12,6,33 hierboven.'⁶⁵ Odofredus verwerpt deze tegenwerping echter nu ook de *condictio indebiti* het bezit van een zaak als voorwerp kan hebben: 'Met betrekking tot de oplossing van deze tegenwerping [geldt]: jij zal bondig zeggen dat waar het bezit van munten bij mij berust en ik ze onverschuldigd aan jou betaal, ik dan aan jou het bezit van de munten overdraag en ik het bezit van jou kan condiceren.'⁶⁶ De

62 Zie de tweede opvatting in de Gl. 'Si apparet,' *supra*, n. 54.

63 Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14, f. 58 vº: 'Interdum etiam contra bone fidei possessorem datur condi[c]tio ratione possessionis, ut ff. de condi. inde. l. "Indebiti" § "Sed si nummi."' Zie voor het eerste deel van de glosse 'In rem actio,' *supra*, n. 38.

64 Gl. 'Ut vel' ad D. 12,6,15,1, f. 207 rº: 'Item notatur hic ad possessionem actionem personalem dari sic et in triticaria, ut infra de condic. triti. l. i in fi. et ii. quod raro est sed interdicta dantur ut insti. de interdic. in prin.'

65 Odofredus ad D. 12,6,15,1, f. 35 rº a: 'Sed ad id quod dicitur in § isto opponitur et signatur contra et videtur quod condictio indebiti non habeat locum si transfertur possessio non proprietates ut infra eodem l. "Si in area."'

66 Odofredus ad D. 12,6,15,1, f. 35 rº a: 'Ad solutio cuius contrarii, ita breviter dicetis: ubi possessio nummorum est apud me et indebite solvo tibi, transfero in te possessio eorum, et eam a te condico.'

beschikbaarheid van de *condictio indebiti* voor het vorderen van het bezit van een zaak – niet als zeldzaam geval, zoals bij de glosse, maar als vanzelfsprekendheid wanneer enkel het bezit is ‘overgedragen’ – laat zien dat Odofredus een van de glosse onafhankelijke traditie vertegenwoordigt.

Opvallend is dat de glosse ‘Ut vel’ de *condictio triticaria* aanwijst als de *condictio* die ook op het bezit van een zaak kan zijn gericht. De *condictio triticaria* was de Byzantijnse benaming voor de *condictio certae rei*, die in het klassieke Romeinse recht betrekking had op ‘andere zaken’ dan geld (*alia res*).⁶⁷ De vraag rijst dan ook wat de glosse op deze *condictio triticaria* vermeldt:

Gl. ‘Rem autem suam’ ad D. 13,3,1,1: ‘Wat is rechtens wanneer Titius het bezit van iemands eigen zaak heeft? Ik antwoord dat het bezit gecondiceerd kan worden omdat gezegd is dat het begrip van een zaak het bezit mede omvat. Dit stelt Azo. Ook wordt gezegd dat iemand niet zijn eigen zaak kan condiceren, en dat dit een kenmerk is van welke *condictio* dan ook, hetgeen blijkt uit D. 7,9,12.’⁶⁸

De *condictio triticaria* kan volgens deze glosse ook op het bezit van een zaak zijn gericht.⁶⁹ De reden dat de *condictio triticaria* volgens Accursius ook het bezit van een zaak als voorwerp kan hebben is gelegen in een ruime uitleg van het begrip ‘zaak.’ Hieronder moet niet alleen de eigendom, maar ook het bezit van een zaak worden begrepen. Accursius verwijst hierbij naar zijn leermeester Azo, die de *condictio triticaria* in zijn *Summa* op de Digesten bespreekt.⁷⁰ Over de *condictio triticaria* schrijft Azo:

Azo ad D. 13,3: ‘Deze *condictio* is van toepassing, overal waar een of andere zaak maar wordt geëist, en het begrip van een zaak omvat, zoals in zijn eigenlijke en omvangrijke betekenis, zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken, terwijl alleen uitgeteld geld is uitgezonderd, zoals blijkt uit D. 13,3,1 *pr.*, § “generaliter”⁷¹ en I. 2,2. [...] Met deze *condictio* kunnen zelfs dienstbaarheden worden gecondiceerd, die, zoals wij zeiden, als een *incertum* worden beschouwd, zoals blijkt uit D. 45,1,75,7 en D. 45,1,4,1. Maar ook al heb ik gezegd dat men alle zaken kan

⁶⁷ Zie de *formula* van de *condictio triticaria*, *supra*, p. 13, n. 24.

⁶⁸ Gl. ‘Rem autem suam’ ad D. 13,3,1,1, f. 215 *r*^o a: ‘Quid de possessione rei sue, quanti Titius habet. Respondeo illam condici cum nomen rei, de qua supra dixit ipsam contineat. Azo. Item quod dicit suam rem non posse condici est generale in qualibet condic[t]ione, ut supra usufr. quemad. ca l. fi.’

⁶⁹ Zie ook de gl. ‘Possessionem’ ad D. 13,3,2, f. 215 *r*^o b: ‘Scilicet tantum, sed qui est dominus, multo magis ipsam possessionem poterit condicere, ut supra l. proxi. § “Generaliter.”’ (‘Namelijk het enkele bezit, maar degene die eigenaar is, zal veel meer het bezit zelf kunnen condiceren, zoals blijkt uit D. 13,3,1 *pr.*, vanaf “Generaliter.”’). Zie voor de tekst van D. 13,3,2, *supra*, p. 82, n. 400.

⁷⁰ Azo’s belangrijkste werk is de *Summa Codicis*; zie hierover Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 156; Lange, *Die Glossatoren*, p. 262.

⁷¹ In het *ius commune* wordt regelmatig verwezen naar het laatste deel van D. 13,3,1 *pr.* dat begint met het woord ‘generaliter,’ maar niet afzonderlijk is genummerd.

vorderen, toch wordt er hierbij een onderscheid gemaakt tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken; lichamelijke zaken eisen wij juist op wanneer ze niet van ons zijn, behalve in de gevallen zoals in D. 13,3,1 *pr.* en D. 13,3,2; onlichamelijke zaken eisen wij ook op als ze van ons zijn, en niet alleen als ze aan ons verschuldigd zijn, zoals wordt bewezen door D. 13,3,1 *pr.*, § “generaliter” *if.*, hetgeen ook volgt uit hetgeen de volgende paragraaf, D. 13,3,1,1, in verbinding hiermee zegt, welke wet immers zegt dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren.⁷²

Azo geeft in deze tekst een ruime omschrijving van de ‘zaken’ die met de *condictio triticaria* kunnen worden gecondiceerd. Azo verduidelijkt dat zowel lichamelijke en onlichamelijke zaken onder het begrip ‘zaak’ moeten worden geschaard. Ook de Instituten maken een onderscheid tussen lichamelijke zaken, zoals een landgoed, en onlichamelijke zaken, zoals een recht van vruchtgebruik of een verbintenis.⁷³ Uitgedrukt in termen van het huidige recht zou men kunnen zeggen dat goederen kunnen worden onderverdeeld in zaken en vermogensrechten.⁷⁴ Azo onderscheidt vervolgens tussen de mogelijkheid om lichamelijke en de onlichamelijke zaken te condiceren. Een eiser kan niet een lichamelijke zaak condiceren, die aan hem toebehoort; hierin ziet men de hoofdregel terug dat men niet de eigendom kan vorderen van een zaak waarvan men reeds eigenaar is.⁷⁵ Vervolgens stelt Azo dat een eiser wél een onlichamelijke zaak kan condiceren die aan hem toebehoort. Hij geeft echter niet een duidelijk voorbeeld van een geval waar men hierbij aan kan denken. Wellicht kan men zich dit zo voorstellen dat een eiser bijvoorbeeld het bezit van een zaak vordert waarvan hij zelf reeds eigenaar is. Dit bezit zou dan als een onlichamelijke zaak worden gekenmerkt. Hoewel Azo niet het bezit van een zaak als een te condiceren onlichamelijke zaak bestempelt, is dat nog maar een kleine stap, zeker nu hij stelt dat de *condictio* ook beschikbaar is om een *incertum* zoals een dienstbaarheid op te vorderen, en het bezit van een zaak ook als een *incertum* wordt opgevat.

72 Azo, *Summa Digestorum*, ad D. 13,3: ‘[3] Habet autem locum ista condictio, ubicunque res aliqua petitur, ut nomen rei, sicut est eius propria et larga significatio, corporalia et incorporalia omnia continet, excipiat sola pecunia numerata, ut ff. eodem lege i. primo responso. § “Generaliter” et insti. de reb. incor. primo respon. [...] [3] [...] Per hanc etiam servitutes, ut diximus, quae res incertae dicuntur, ut ff. de v. ob. l. “Ubi autem non” § “Qui id quod” et l. iiiii, § “Cato.” Licet autem dixerim omnes res peti posse, quo ad quid tamen distinguitur inter corporalia et incorporalia; corporalia enim ita demum petimus, si non sint nostra, nisi in casibus ut infra e.l. 1 § ul. et l. ii. Incorporalia etiam si nostra sint non solum si nobis debita ut probatur infra eo. l. 1 et § “Generaliter” in fi., quod etiam denotat sequentis § adverbativa coniuncto, autem ait enim, “Rem autem suam” etc.’

73 Titel I. 2,2: ‘De rebus incorporalibus.’

74 Art. 3:1 BW.

75 Men vindt de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, bij Azo op de plaatsen waar men deze regel verwacht, overigens niet terug – niet in deze *summa*, noch in zijn *summa* over de garanties die de vruchtgebruiker moet afgeven (Azo, *Summa Digestorum*, ad D. 7,9), noch in het kader van de Instituten (Azo, *Summa Institutionum*, ad I. 4,6).

Accursius neemt het betoog van Azo over dat de *condictio* op lichamelijke en onlichamelijke zaken gericht kan zijn. Inderdaad stelt de glosse dat het bezit van een zaak onder de te condiceren vermogensrechten valt. Waar de eerste helft van de glosse ‘Nisi furi,’ zoals wij zagen,⁷⁶ de diefstal-uitzondering slechts extensief interpreteert, houdt het vervolg een aanmerkelijke uitbreiding in van het toepassingsgebied van de *condictio*. De glosse werpt immers de vraag op of het bezit van een zaak in het algemeen kan worden gecondiceerd, ook wanneer de gedaagde geen dief is:

Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12 (vervolg): ‘Maar kan ik dan niet het bezit van mijn zaak condiceren, dat iemand anders heeft, ook al is diegene geen dief? Ik antwoord dat ik dit kan door middel van de *condictio triticaria*, aangezien immers alle zaken kunnen worden gecondiceerd, zoals blijkt uit D. 13,3,1 *pr.*, § “generaliter,” en het bezit is een zaak, zoals blijkt uit titel I. 2,2; dus kan [het bezit] zelf worden gecondiceerd. Het is immers zeker dat hetgeen wordt gecondiceerd, namelijk het bezit zelf, niet van mij is. De eigendom, die van mij is, kan ik echter niet condiceren, zoals blijkt uit deze tekst en uit I. 4,6,14.’⁷⁷

Ook uit deze glosse volgt dat een ‘zaak’ (*res*) kan worden gecondiceerd en dat hiermee ook op een onlichamelijke zaak, wordt gedoeld – dit maakt de verwijzing naar Instituten-titel 2,2 duidelijk. Het bezit van een zaak valt dus onder deze ruime betekenis van het begrip ‘zaak.’ *Possessio est res*, zo stelt de glosse ‘Nisi furi.’ Wij zouden zeggen: het bezit van een zaak is een vermogensrecht, en dit vermogensrecht kan zelfstandig voorwerp zijn van de *condictio*. Het is goed om in herinnering te brengen dat de tekst van Ulpianus, die door de glosse ‘Nisi furi’ schijnbaar wordt verklaard, op zichzelf geen aanleiding geeft tot deze uitbreiding van het toepassingsgebied van de *condictio* die er door de glosse in wordt gelezen. Ulpianus werpt in deze tekst immers de vraag op of de vruchtgebruiker die geweigerd had een garantie (*cautio*) af te geven, door de eigenaar niet alleen kon worden aangesproken met de *rei vindicatio*, maar ook met de *condictio*.⁷⁸ Naar aanleiding hiervan overweegt Ulpianus dat ‘niemand zijn eigen zaak met de *condictio* kan opeisen, behalve van een dief.’ Hoewel Ulpianus dus ontkent dat buiten het geval van diefstal de mogelijkheid bestaat om het bezit van een zaak te vorderen, grijpt Accursius deze tekst aan – als het ware bij wijze van *obiter dictum* – om precies dat mogelijk te maken. De glosse volgt hiermee de opvatting van Azo dat de *condictio triticaria* ter beschikking staat van iemand die een vermogensrecht, waaronder hij óók het bezit van een zaak verstaat,

76 *Supra*, n. 40.

77 Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12, f. 104 v^o: ‘Sed nunquid possessionem rei mee, quam alius habet, possum condicere etiam a non fure? Respondeo possum per triticariam, cum enim omnes res condicantur: ut infra de triti. l. 1 § “Et generaliter” et possessio est res: ut insti. de rebus corpo. et incorpo ergo ipsa condicatur. Sed certe quod condicatur, non est meum, scilicet, ipsa possessio. Proprietatem autem, que est mea, non possum condicere, ut hic et insti. de acti. § “Sic itaque” ac.’

78 Zie § 2.2.6, *supra*, p. 25.

wenst te condiceren. Deze glosse beantwoordt de rechtsvraag dus op een manier die in strijd komt met de geglosseerde tekst zelf.⁷⁹

In het slot van deze glosse gaat Accursius in op de voor de hand liggende tegenwerping tegen de nieuwe leer: als de eigenaar in het algemeen, en niet alleen in het geval van diefstal, een *condictio* kan instellen met betrekking tot zijn eigen zaak, hoe valt dit te rijmen met de regel dat een eigenaar zijn eigen zaak alleen van een dief kan condiceren? De glosse redt zich uit dit conflict door deze regel zo te interpreteren dat niemand de *eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. En volgens de uitbreiding van de glosse 'Nisi furi' wordt niet de eigendom gecondiceerd, maar het *bezit*. De *condictio* stelt de eiser op deze wijze in staat om een goederenrechtelijke positie te verkrijgen die hij niet heeft. De mogelijkheid om te condiceren is daarmee slechts gelimiteerd in die zin dat iemand niet kan procederen teneinde een goederenrechtelijke positie te verkrijgen die hij reeds heeft. De eigenaar kan dus niet de eigendom condiceren, en de bezitter niet het bezit. Ter ondersteuning van deze uitleg verwijst de glosse naar I. 4,6,14 over de *condictio furtiva*⁸⁰ zodat de nieuwe regeling in overeenstemming lijkt te zijn met hetgeen Justinianus in die tekst opmerkt. Maar goed beschouwd wordt deze tekst gereduceerd tot wat wij zouden beschouwen als het beginsel dat iemand een belang moet hebben bij zijn actie.

De vraag rijst dus hoe de glosse op I. 4,6,14 met de nieuwe leer omgaat. In het voorgaande zagen wij reeds dat de gl. 'In rem actio' 'soms' de mogelijkheid opent dat een bezitter te goeder trouw met de *condictio* kan worden aangesproken.⁸¹ Deze glosse vervolgt:

Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14 (vervolg): 'Maar is het niet mogelijk dat iemand een eigen zaak met de *condictio sine causa* kan opvorderen, zelfs van iemand die geen dief is, op grond van de gehele titel D. 12,7 over de *condictio sine causa*? – Ik antwoord in overeenstemming met degenen [die menen] dat de *condictio* die hier wordt genoemd een persoonlijke actie is, maar toch niet één waarmee wordt geëist dat iets in eigendom wordt overgedragen. – Anderen zeggen dat als zich ergens het geval voordoet dat de *condictio sine causa* ter beschikking zal staan voor iemands eigen zaak, dit als een op het geval toegesneden *condictio* (*condictio utilis*) moet worden begrepen.'⁸²

79 Reeds Boncompagno da Signa, een tijdgenoot van de glossatoren, schrijft in een *invectiva contra glossatores* over dit gebruik van de glossatoren om de *simplicitas* van een tekst uit het Corpus Iuris in een *duplicitas* te veranderen. Cf. Lange, *Die Glossatoren*, p. 458, over het betoog van Boncompagno tegen de gewoonte van de glossatoren het gedachtegoed van anderen over te nemen.

80 I. 4,6,14, *supra*, p. 24, n. 102.

81 *Supra*, n. 63.

82 Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: 'Sed nunquid rem suam potest quis etiam a non fure per condictio sine causa repetere, ut ff. de condi. sine causa per totum. – Respondeo secundum quosdam ibi dicitur condi[c]tio, id est actio personalis, non tamen talis per quam intendatur ut aliquid detur. – Alii dicunt quod si alicubi inveniatur condi[c]tio sine causa, pro sua competeret de utili intelligendum est.'

Ook hier werpt de glosse de vraag op of een eigenaar zijn eigen zaak kan condiceren, zij het dat hiervoor niet de *condictio triticaria* wordt aangegrepen, zoals het geval was in de glosse 'Nisi furi,' maar de *condictio sine causa*.⁸³ Deze glosse geeft weer dat er debat bestond over de vraag hoe de *condictio* die een eigenaar met betrekking tot het bezit van zijn zaak instelde tegen een bezitter *te goeder trouw*, moest worden geduid. De glosse verwijst ten eerste naar de opvatting dat de *condictio sine causa* géén *condictio* is die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Daarnaast noemt de glosse de opvatting van 'anderen' (*alii*) dat hier sprake is van een op het geval toegesneden *condictio*, een *condictio utilis*. Het verschil tussen beide oplossingen is subtiel. Weliswaar wordt in beide gevallen aanvaard dat ook van de bezitter *te goeder trouw* kan worden gecondiceerd, maar het verschil is gelegen in de vraag of dit als een normale verschijningsvorm van de *condictio sine causa* wordt beschouwd. Volgens de eerste opvatting is dit het geval, terwijl de *condictio sine causa* volgens de tweede opvatting nog steeds in principe een actie is die op eigendomsoverdracht is gericht, zij het dat een op het geval toegesneden actie ter beschikking kan worden gesteld om alsnog het bezit van een zaak te kunnen condiceren.⁸⁴ De glosse sluit zich aan bij de eerste opvatting en stelt zich zo op het standpunt dat een eiser met de *condictio sine causa* het bezit kan vorderen van een zaak waarvan hij reeds eigenaar is, óók wanneer de gedaagde geen dief is.

§ 3.2.5 Slot

Accursius handhaaft de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht en stelt deze opvatting aan de basis van het betoog dat ook een putatieve titel als *iusta causa* van eigendomsoverdracht kan dienen. Enerzijds vindt de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren daarmee stellige bevestiging, ook al kent de glosse de uitzondering voor diefstal; maar anderzijds stelt de glosse dat het bezit ook buiten gevallen van diefstal gecondiceerd kan worden. Reeds in het klassieke Romeinse bestonden hier aanwijzingen voor, maar de glosse stelt in het algemeen dat het bezit een 'vermogensrecht' (*res*) is dat voorwerp van de *condictio* kan zijn. Ondanks deze ontwikkeling neemt de regel van Ulpianus dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, in de glosse nog steeds een centrale plaats in. Om het conflict tussen deze regel en de *condictio* voor het bezit van een zaak op te lossen interpreteert de glosse 'Nisi furi' deze regel echter in die zin dat niemand *de eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren, maar dat men wel het bezit van zijn eigen zaak kan condiceren door middel van de *condictio triticaria*. De regel van Ulpianus krijgt hierdoor de betekenis

83 De *condictio sine causa* wordt door Accursius beschouwd als 'algemene' *condictio* die met de andere *condictiones* kon samenlopen; zie gl. 'Est et haec species' ad D. 12,7,1 *pr.* Zie over deze rol die de glosse aan de *condictio sine causa* toedicht: Söllner, SZ 77, p. 194.

84 Cf. de *rei vindicatio utilis* in het klassieke Romeinse recht, § 2.7, *supra*, p. 94.

dat niemand met de *condictio* kan vorderen dat hem een goederenrechtelijke positie – die van bezitter of eigenaar – wordt verschaft die hij reeds heeft.

Men ziet dat in de glosse op twee gedachten hinkt. De *condictio* is enerzijds principieel op eigendomsoverdracht gericht, maar men kan daarnaast met deze actie het bezit van zijn eigen zaak opvorderen, zelfs buiten gevallen van diefstal. De vraag rijst daarom of andere juristen in het *ius commune* de contradictie die in de glosse ligt besloten, hebben weten te ontwarren.

§ 3.3 DINUS DE MUGELLO

§ 3.3.1 Inleiding

In het *ius commune* zijn vele commentaren geschreven op de Instituten, en in het bijzonder op de titel *De actionibus* (I. 4,6).⁸⁵ Als voorbeeld van dit genre wordt in deze en de volgende paragraaf aandacht besteed aan Dinus de Mugello en Jacques de Révigny, twee dertiende-eeuwse commentatoren die, net zoals de glossatoren, hebben getracht het probleem op te lossen van de *condictio* die de eigenaar tegen een dief kon instellen. Eerst wordt het commentaar van Dinus op I. 4,6 besproken (§ 3.3.2), vervolgens de *lectura* van Révigny op die titel (§ 3.4.2).

§ 3.3.2 Commentaar op titel I. 4,6 *De actionibus*

Het zelfstandig uitgegeven commentaar van Dinus de Rossonis Mugellanus (Dinus de Mugello; c. 1250–1298/1303)⁸⁶ op I. 4,6 (*De actionibus*)⁸⁷ geeft inzicht in de moeilijkheden die de commentatoren bleven houden met de *condictio* tegen de dief. Uit Dinus' beschouwing over de *condictio furtiva* blijkt dat de glosse niet het eindpunt was van de rechtsontwikkeling in het *ius commune*. Dinus gaat in op de eerste van de twee verklaringen die de glosse geeft van de *condictio* tegen de dief – de verklaring die suggereert dat de *condictio furtiva* als een bijzonder geval moet worden beschouwd waarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht. Hiermee neemt Dinus geen genoegen. De volgende passage over de *condictio furtiva* geeft blijk van zijn frustratie over de verklaring van de glosse:

Dinus ad I. 4,6,14: 'Hier wordt nogal subtiel gesproken en toch zegt [de glosse] niets. Als naar deze toepassing van de *condictio* wordt gekeken, dan is wat deze tekst zegt niet waar; als ik niet kan eisen dat een bepaalde zaak aan mij

⁸⁵ Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 182–83.

⁸⁶ Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 445.

⁸⁷ Dinus, *De actionibus*; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 457. Het hier geciteerde commentaar op I. 4,6,14 zou niet door Dinus zelf zijn uitgegeven, maar gebaseerd zijn op een collegeverslag van één van zijn studenten.

wordt toegewezen, zou de tekst ten onrechte zeggen [dat dit kan], terwijl het niet mogelijk is te eisen dat mijn zaak aan mij wordt overgedragen. Dit gaat niet op bij de *condictio furtiva* waarbij ik eis dat een zaak aan mij wordt overgedragen; en dit is een geldige eis. Volgens deze tekst is dit een terechte eis: en toch is dit zo dwaas, dat het niet dwazer kan zijn. Als ik van een dief stipuleer dat mijn zaak aan mij wordt overgedragen, dan is deze *stipulatio* niet werkzaam omdat mijn zaak niet nog meer van mij kan worden.⁸⁸

Dinus bekritiseert in dit fragment de eerste ‘verklaring’ die de glosse ‘Si apparet’⁸⁹ geeft van de *condictio* tegen de dief. Waar Accursius stelt dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogt, zodat het ‘wonderlijk’ (*mirabilis*) is dat ook een dief met deze actie kan worden aangesproken, en waarbij geen poging wordt gedaan om deze toepassing van de *condictio* met de hoofdregel te verenigen, vindt Dinus het ‘dwaas’ (*inepta*) om deze tegenspraak in stand te laten. Over het betoog van de glosse oordeelt hij dan ook:

Dinus ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Alle woorden van de glosse zijn overbodig. Voor mijn eigen zaak wordt er geen enkele actie gegeven om eigendomsoverdracht te vorderen, niet tegen een dief, en niet tegen iemand anders, omdat mijn eis tegenstrijdig zou zijn: en zo zegt de tekst dit.’⁹⁰

In deze passage stelt Dinus dat niemand eigendomsoverdracht kan vorderen van een zaak waarvan hij reeds eigenaar is.⁹¹ Hij wijst hiermee de eerste ‘verklaring’ die de glosse van de *condictio* tegen de dief geeft, van de hand. Hoe kan de *condictio furtiva* dan in overeenstemming worden gebracht met de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht?

Dinus ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Maar de *condictio furtiva* wordt ingesteld vanwege de eigendom die zich bij de eiser bevindt, en in dit opzicht is de *condictio* tegen de dief bijzonder.’⁹²

88 Dinus ad I. 4,6,14, f. 114 v^o: ‘Hic loquitur aliquantulum subtiliter et tamen dicit nihil: si fieret relatio ad speciem [f. 115 r^o] textus non diceret verum, si non possum peteret rem mihi aliquo iure assignari, male diceret, si non posse petere rem meam mihi dari. Fallit in conditione furtiva, in qua peto rem mihi dari, et est utilis petitio. Sed secundum istud videretur recta petitio, et tamen est ita inepta, quod non posset esse ineptior. Si stipulor a fure rem meam mihi dari, stipulatio est inutilis propter ratione quae est hic, quia res mea non potest ulterior fieri mea.’

89 Zie de gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14, *supra*, n. 54.

90 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 r^o: ‘Unde omnia verba glossa sunt supervacua. Pro re mea mihi danda nulla actio mihi datur, nec contra furem, nec contra alium, quia essem mihi contrarius, et ita loquitur textus.’

91 In gelijke zin Dinus ad I. 4,6,14, f. 113 v^o: ‘quia dare est accipientis facere et quod meum est, non potest ulterius fieri meum, et ita loquitur hic.’ (‘Omdat overdragen betekent dat de zaak aan de accipiënt in eigendom gaat toebehoren; wat van mij is, kan niet nog meer van mij worden gemaakt, en dat zegt de tekst hier.’)

92 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o: ‘Sed condictio furtiva proponitur ratione proprietatis ad peti-torem pertinentis: et in hoc est speciale in ea contra furem.’

Wij zagen reeds dat volgens Dinus elke *condictio* ter beschikking staat tegen de dief, en niet alleen de *condictio furtiva* – dit kwam door de *degeneratio* van de *condictio* wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld.⁹³ Uit dit citaat blijkt verrassend genoeg dat de *condictio furtiva* in de beschouwing van Dinus haar uitzonderlijke karakter toch heeft weten behouden. De *condictio furtiva* blijkt immers de enige *condictio* te zijn die wordt ingesteld ‘vanwege de eigendom die zich bij de eiser bevindt’ (*ratione proprietatis ad petitoirem pertinentis*). Dinus ziet het uitzonderlijke karakter van de *condictio furtiva* niet in het feit dat de eiser bezitsverschaffing in plaats van eigendomsoverdracht vordert, maar in het feit dat bij uitzondering een eigenaar actief is gelegitimeerd tot de *condictio*. Dinus benadrukt weliswaar dat een eigenaar geen eigendomsoverdracht van zijn eigen zaak kan vorderen, maar hij stelt niet dat de *condictio* een actie is waarmee de eiser per definitie eigendomsoverdracht vordert. Dit betekent dat een eiser met de *condictio* ook in andere gevallen, behalve diefstal, het bezit van een zaak kan vorderen. Inderdaad erkent Dinus deze oplossing in het vervolg van zijn commentaar:

Dinus ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Op al deze tegenwerpingen antwoordt de glosse door te stellen dat ik tegen wie dan ook de *condictio indebiti* en de *condictio triticaria* kan instellen vanwege het bezit. Maar het is niet mogelijk dat ik tegen iemand de persoonlijke actie met betrekking tot de eigendom kan instellen, behalve door middel van de *condictio furtiva*.’⁹⁴

Dinus volgt hierbij de tweede oplossing die de glosse ‘Si apparet’ aandraagt ter verklaring van de *condictio furtiva*, die waarbij de *condictio* ook op de ‘overdracht’ van het bezit kan zijn gericht. Wij zien dus dat het commentaar van Dinus leidt tot de situatie dat de *condictio* in het algemeen beschikbaar is om het bezit van een zaak te vorderen. De *condictio furtiva* behoudt haar bijzondere positie, niet omdat dit de enige *condictio* is waarbij geen eigendomsoverdracht wordt gevorderd, maar omdat volgens Dinus dit de enige *condictio* is die *ratione proprietatis* ter beschikking wordt gesteld, waarbij de eiser een beroep doet op zijn eigendomsrecht.

93 *Supra*, n. 45.

94 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o: ‘Ad omnes istas oppositiones respondet glossa et dicit, quod ego possum proponere conditionem indebiti et triticaria contra quemlibet ratione possessionis. Sed quod ego possum proponere contra aliquem actionem personalem, ratione proprietatis, hoc [f. 116 r^o] non est invenire, nisi in conditione furtiva.’

§ 3.4 JACQUES DE RÉVIGNY

§ 3.4.1 Inleiding

Ook Jacques de Révigny (1230/40–1296⁹⁵) heeft in een *lectura*⁹⁶ de titel *De actionibus* in de Instituten becommentarieerd (§ 3.4.2).⁹⁷ Daarnaast is ook zijn, niet in druk verschenen, *lectura* op het *Digestum vetus* geraadpleegd (§ 3.4.3). Waar de *lectura* op de Instituten het probleem van de *condictio furtiva* bespreekt, komt in de *lectura* op het *Digestum vetus* de mogelijkheid aan de orde om het bezit van een zaak te kunnen condiceren.

§ 3.4.2 *Lectura* op titel I. 4,6 *De actionibus*

Ook Révigny gaat in op de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief,⁹⁸ en bespreekt in zijn *lectura* op titel I. 4,6 *De actionibus* de verschillende opvattingen die door andere hoogleraren op deze tekst zijn gegeven:

Révigny ad I. 4,6,14: ‘Deze doctoren vatten, ook op grond van de voornoemde wet [D. 7,9,12], deze regel samen: elke *condictio*, behalve de *furtiva*, is niet verenigbaar met het eigendomsrecht. Ik zeg dat dit onjuist is, omdat de woorden van de wet, hier [in I. 4,6,14] en in D. 7,9,12 [weliswaar] juist zijn, maar hun woorden [dus de woorden van de hoogleraren] verkeerd zijn; toch wordt de algemene *condictio certi* aan de eigenaar gegeven tegen de dief, net zoals ook de *condictio furtiva* aan de eigenaar wordt gegeven tegen de dief.’⁹⁹

Révigny aanvaardt de tekst van de Instituten, maar trekt de commentaren op deze wet in twijfel. Na te hebben betoogd dat elke *condictio* ‘degenereert’ wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld,¹⁰⁰ trekt Révigny toch de logica van de Instituten-tekst in twijfel:

95 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 519, 523.

96 Tussen een *lectura* en een commentaar bestaan geen verschillen in behandelingswijze van de stof; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 356.

97 De teksteditie van de *lectura* op de titel *De actionibus* is bezorgd door Van Soest-Zuurdeeg; zie ook Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 542–43.

98 Zie reeds *supra*, n. 36.

99 Révigny ad I. 4,6,14; in de teksteditie van Van Soest-Zuurdeeg, *La Lecture*, p. 224–25, r. 27–32: ‘Colligunt hic doctores, et ex lege preallegata, istam regulam: quod omnis *condictio*, preter *furtivam*, abhorret dominium. Ego dico quod hoc falsum est, unde uerba legis, hic et ff. usufr. quemadm. caue. l. ult., uera sunt, set uerba eorum falsa sunt; ymo certi *condictio generalis* datur contra furem, sicut et *furtiva condictio* datur domino contra furem.’

100 Révigny ad I. 4,6,14, p. 225, r. 32–42; zie hierover, *supra*, n. 46.

Révigny ad I. 4,6,14 (vervolg): 'Dat onze tekst¹⁰¹ niet in stand kan blijven, bewijs ik aldus: je zegt dat het een regel is dat niemand procedeert vanwege zijn eigen zaak, opdat de wederpartij eigendom moet overdragen; dit gaat tegen een dief niet op. Stel: ik procedeer tegen een dief; de zaak was van mij op het moment van de diefstal en zij is nu van mij; het is dus onmogelijk dat [de dief] verplicht is haar aan mij in eigendom over te dragen omdat het onmogelijk is dat wat van mij is aan mij in eigendom wordt overgedragen, zoals uit deze tekst blijkt en uit D. 41,3,4,19.'¹⁰²

Révigny noemt vervolgens enkele oplossingen die door verschillende juristen naar voren zijn gebracht ter verklaring van deze *condictio furtiva*. Enkele daarvan zijn dat uit afkeer van dieven zou moeten worden gefingeerd dat zij tot eigendomsoverdracht in staat zouden zijn,¹⁰³ en dat de verplichting tot het verrichten van een *datio* er één zou zijn tot het verschaffen van het bezit.¹⁰⁴ Révigny verwerpt echter alle theorieën met de woorden: 'Alles wat is gezegd gaat niet op.'¹⁰⁵ De oplossing die hij vervolgens zelf aandraagt legt de nadruk op het feit dat de *eigenaar* tot de *condictio furtiva* is gerechtigd:

Révigny ad I. 4,6,14 (vervolg): 'Ik geef toe dat een dief alleen op oneigenlijke wijze gehouden kan zijn tot eigendomsoverdracht. Dit is de reden van deze oneigenlijkheid: degene die procedeert met de *condictio furtiva* zegt dat hij eigenaar is en dat de zaak, ten minste gedeeltelijk, aan hem toebehoort, omdat zij immers aan hem is onvreemd en omdat zij van hem is. En daarom wordt de dief, die wordt veroordeeld tot restitutie, jegens de eigenaar veroordeeld opdat deze in staat wordt gesteld zijn eigen zaak te hebben. En uit D. 13,1,1 volgt dat jij deze *condictio* vanwege het eigendomsrecht hebt. – Met betrekking tot andere persoonlijke acties geldt dat geen restitutie wordt gevorderd vanwege het feit dat de eiser eigenaar is; zo procedeert de eigenaar in geval van bruikleen tot restitutie van zijn eigen zaak, maar niet *omdat* de zaak van hem is; de actie uit bruikleen staat aan mij ter beschikking opdat aan mij gerestitueerd wordt, niet *omdat* deze zaak aan mij in eigendom toebehoort, hetgeen ook volgt uit D. 13,6,16. En de *condictio furtiva* wordt oneigenlijk genoemd, omdat deze ter beschikking wordt

101 Dat wil zeggen de behandelde tekst van de Instituten; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 524.

102 Révigny ad I. 4,6,14, p. 225, r. 43–48: 'Quod littera nostra non possit stare, probō sic: dicis regulam esse quod nemo agit pro re sua ut dicat aduersarium dare oportere; fallit contra furem. Pone: ago contra furem; res erat mea tempore furti et est mea nunc; ergo impossibile est quod debeat eam michi dari, quia impossibile est quod michi detur ex quo mea est, ut hic et ff. de usuc. l. "Sequitur" § "Lana."' De verwijzing naar deze laatste tekst, over een dief die geen verjaringsbezitter wordt van de wol van het schaap dat hij heeft gestolen en geschoren, is wonderlijk.

103 Révigny ad I. 4,6,14, p. 225, r. 48–54.

104 Révigny ad I. 4,6,14, p. 226, r. 77–81. Deze oplossingen hebben een lange doorwerking gehad; zie respectievelijk de opvatting van de d'Ors, *supra*, p. 28, n. 122, en de vergelijkbare opvatting van Liebs, *supra*, p. 30, n. 129.

105 Révigny ad I. 4,6,14, p. 226, r. 82: 'Omnia que dicta sunt non valent.'

gesteld vanwege het feit dat [de eiser] eigenaar is en vanwege het feit dat het zijn eigen zaak is en dat iemand anders deze zaak niet aan hem in eigendom kan overdragen.¹⁰⁶

Dit is een wonderlijk betoog. Révigny werpt de vraag op waarin precies het 'oneigenlijke' karakter van de *condictio furtiva* is gelegen. Hiertoe vergelijkt hij deze *condictio* met de *actio commodati*. Beide acties hebben volgens Révigny met elkaar gemeen dat een eigenaar procedeert tot restitutie van een zaak die aan hem toebehoort, maar wat beide acties volgens hem van elkaar onderscheidt is dat de eiser alleen in het geval van de *condictio furtiva* een *beroep* doet op zijn eigendomsrecht. Ter ondersteuning wijst Révigny op de tekst waaruit volgt dat de *actio commodati* ook aan een niet-eigenaar ter beschikking staat.¹⁰⁷ Op zichzelf is dit juist. Het klopt dat de eigenaar, in beginsel,¹⁰⁸ tot de *condictio furtiva* is gerechtigd, en dat ook een niet-eigenaar tot de *actio commodati* kan zijn gerechtigd. Het probleem van deze vergelijking is echter dat het bijzondere karakter van de *condictio furtiva* er niet door wordt verklaard. Het bijzondere karakter van de *condictio furtiva* is er, van oorsprong, immers in gelegen dat deze *condictio*, anders dan normaal gesproken het geval is bij de *condictio*, geen eigendomsoverdracht beoogt. Dit komt echter niet tot uiting door andere persoonlijke acties, zoals die uit bruikleen, aan te voeren, die evenmin tot eigendomsoverdracht strekken.¹⁰⁹ Deze vergelijking waarbij de eiser weliswaar in beide gevallen eist dat de zaak aan hem wordt gerestitueerd, maar zich alleen bij de *condictio furtiva* beroept op zijn eigendomsrecht, heeft, anders gezegd, het zicht ontnomen op het feit dat de *actio commodati* nooit eigendomsoverdracht beoogt, en de *condictio* in principe wel, maar alleen in dit uitzonderingsgeval niet.¹¹⁰

106 Révigny ad I. 4,6,14, p. 226, r. 88–100: 'Concedo quod fur non tenetur dare nisi improprie. Ecce ratio improprietatis: qui agit conductione furtiva dicit se dominum et sic rem suam, ad minus pro parte, scilicet quia subrepta et quia sua; et ideo fur, qui condempnatur ad restitutionem, domino condempnatur ut patiat rem suam habere. Et quod competit ratione dominii habes ff. de cond. furtiva l. 1. – In aliis actionibus personalibus agitur ad restitutionem non quia dominus, ut in commodato agit dominus ad restitutionem rei sue set non quia dominus; unde competit actio commodati michi ut michi restituatur res mea set non quia mea, quoniam et alius quam dominus agit commodati, ut ff. commo. l. "Ita ut si fur." Et ideo condictio furtiva, quia competit alicui ratione qua dominus est et ratione qua res est sua et alicui res sua dari non potest, ideo improprie dicitur quis dare in actione furtiva.'

107 De actie uit bruikleen staat ook aan een niet-eigenaar ter beschikking, zoals volgt uit D. 13,6,16, de tekst waarnaar Révigny verwijst.

108 Zie de nuancering hierop in § 2.3.5, *supra*, p. 40.

109 De vraag naar het eigendomsrecht op de in bruikleen gegeven zaak komt in de *actio commodati*, in tegenstelling tot de *condictio*, niet aan de orde.

110 Ook hier spreekt Révigny bewust niet van een *condictio furtiva*; zie Révigny ad I. 4,6,14, r. 32, en *supra*, n. 46.

Uit deze vergelijking tussen de *condictio furtiva* en de *actio commodati* blijkt dus dat Révigny, net zoals Dinus, in het geheel niet geïnteresseerd is in het *petitum* van de *condictio furtiva*, te weten bezitsverschaffing in plaats van eigendomsoverdracht, maar vooral in de actieve legitimatie tot deze actie, namelijk het eigendomsrecht dat de eiser op de zaak beweert te hebben. Het 'oneigenlijke' karakter van de *condictio* tegen de dief is dus ook volgens Révigny niet gelegen in het feit dat deze *condictio* bij uitzondering geen eigendomsoverdracht beoogt, als wel in de actieve legitimatie van de eiser, dus in het feit dat de eigenaar procedeert *omdat* hij eigenaar is (*ratione qua dominus est*). Hoewel de betogen van Révigny en Dinus van elkaar verschillen, valt hier dus wel degelijk een gemeenschappelijke lijn in te ontdekken.

§ 3.4.3 *Lectura* op het *Digestum Vetus*

Ook in zijn *lectura* op de titel *De actionibus* behandelt Révigny de *condictio furtiva*, maar geeft hierin geen blijk of hij ook buiten het geval van diefstal een *condictio* toekent voor het bezit van een zaak. De glosse beantwoordt deze vraag in bevestigende zin, zoals reeds is gebleken.¹¹¹ In zijn *lectura* op het *Digestum vetus*¹¹² gaat Révigny in op het betoog van de glosse:

Révigny ad D. 7,9,12: 'De glosse werpt de vraag op of ik het bezit van mijn zaak kan condiceren dat een ander zonder grond heeft; de glosse zegt dat dit kan omdat het bezit niet van mij is, maar dat ik mijn eigen zaak, omdat deze van mij is, niet kan condiceren, behalve van een dief. Ik begrijp dit zo dat ik het bezit van mijn eigen zaak kan condiceren van een dief of van iemand die mij heeft verdreven, of dat ik op deze manier het bezit van mijn zaak kan condiceren dat zonder reden bij iemand anders terecht is gekomen.'¹¹³

111 Zie de gl. 'Nisi furi,' *supra*, n. 77.

112 De *lectura* van Révigny op het *Digestum Vetus* (*Lectura super Digesto veteri*) is niet in druk verschenen en in slechts twee handschriften overgeleverd, die zich in Leiden en Napels bevinden. Het Leidse handschrift is het meest volledige en dateert van het einde van de dertiende eeuw. Het is afkomstig uit de collectie van W.M. D'Ablaing (1851–1889) en staat bekend onder de naam 'D'Ablaing 2'; zie Boeren, *Catalogue*, p. 7–10; Meijers, *Études* III, p. 71–72; Bezemer, *Les répétitions*, p. 88–92; Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 543. Ter gelegenheid van het afscheid van Kees Bezemer van de afdeling Historische Ontwikkeling van het Recht is het handschrift in september 2017 gedigitaliseerd. In de catalogus van de UB is het te vinden via het kenmerk 'ABL 2.'

113 Révigny ad D. 7,9,12, f. 158 r° b: 'Querit hic glossa possessionem [handschrift: "positionem"] rei mee quam alius habet sine causa numquid possum condicere [handschrift: "adicere"]; glossa dicit quod sic quia possessio mea non est, sed rem meam cum sit mea non possem nisi a fure. Intelligo sic possessionem rei mee possum condicere a fure vel ab eo qui vi me deiecit vel sic possessionem rei mee, que a me sine causa ad alium pervenit possum condicere.'

Uit deze passage volgt dat Révigny de opvatting van de glosse deelt: de *condictio* kan ook worden ingezet om het bezit van een zaak te vorderen, niet alleen van een dief of degene die de eiser van zijn landgoed heeft verdreven, maar ook van degene bij wie het 'zonder reden' terecht is gekomen (*que a me sine cause ad alium pervenit*). Maar hoe verhoudt deze *condictio possessionis* zich tot de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren behalve van een dief? In het kader van de bekende tekst over de pandhouder die aansprakelijk kan worden gesteld op grond van de *condictio* overweegt Révigny:

Révigny ad D. 12,1,4,1: 'Deze paragraaf stelt dat het na voldoening van de geldsom mogelijk is om een verpande zaak te condiceren; hiertegen pleit dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, zoals hierboven blijkt uit D. 7,9,12. En de debiteur blijft eigenaar van het onderpand, zoals hieronder blijkt uit D. 50,17,45. Wij zeggen dat uit deze teksten zelf blijkt dat de crediteur vanaf het moment van voldoening van de gecontracteerde som een dief is, hetgeen hierboven blijkt uit D. 47,2,68(67) *pr.* Wij zeggen dat zij zelf zeggen¹¹⁴ dat hij, als hij zou ontkennen [dat de zaak verpand is], geen dief zou zijn, tenzij hij de zaak zou verduisteren, zoals hieronder blijkt uit D. 41,2,3,18. Ik zeg dus dat wordt beweerd dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren behalve van een dief. Ik ben het ermee eens dat [de debiteur] niet [de eigendom van] zijn eigen zaak condiceert maar het bezit, zoals het geval is in D. 12,6,15,1.'¹¹⁵

Waar de glosse de pandhouder als dief aanmerkt,¹¹⁶ maakt Révigny een onderscheid: de pandhouder is slechts een dief als er sprake is van verduistering (*contrectatio*), maar niet als hij 'ontkent' (*negaret*) de zaak in pand te hebben ontvangen. Révigny verwijst hierbij naar de tekst waarin Celsus stelt dat wanneer iemand ontkent een zaak in bewaring te hebben ontvangen, deze ontkenning op zich niet genoeg is voor het oordeel dat deze persoon zich schuldig aan diefstal maakt.¹¹⁷ De vraag wat het *rechtsgevolg* is van de kwalificatie van de crediteur als dief, beantwoordt Révigny echter niet; en deze vraag rijst temeer nu Révigny in het slot, op grond van de bekende tekst van Paulus, de mogelijkheid erkent om het bezit van een zaak te condiceren wanneer het bezit onverschuldigd is gegeven.

114 Met de woorden 'dicunt ipsi' verwijst Révigny waarschijnlijk naar Johannes Bassianus en Azo, die hij in het kader van D. 12,1,4 *pr.* heeft aangehaald.

115 Révigny ad D. 12,1,4,1, f. 183 *ro* b: 'Dicit hic [paragraphus] quod soluta pecunia potest condicere rem obligatam; contra: nemo condicit rem suam praeterquam a fure, supra usufr. quemad. ca. l. ult. Et debitor remanet dominus pignoris, infra de reg. iur. l. "Neque pignus." Dicimus dicunt ipsi quod fur est creditor ex quo soluta pecunia contracto invito debitore, ut supra de fur. l. "Infitiando," primo responso. Dicendum quod si negaret non esset fur, nisi contrectaret, infra de acquir. pos. l. iii § "Si rem." Dico ergo quod arguitur nemo condicit rem suam nisi a fure. Concedo unde non condicit rem suam sed possessionem ar. infra de condic. inde. l. "Indebiti" § "Sed si nummi."'

116 Zie de gl. 'Res pignori,' *supra*, n. 44.

117 D. 47,2,68(67) *pr.*: 'Infitiando depositum nemo facit furtum [...].'

In het kader van de *condictio certi* gaat Révigny nader in op de vraag of iemand zijn eigen zaak kan condiceren. Hierbij maakt hij eerst een vergelijking met het geval dat iemand zijn eigen zaak gestipuleerd heeft:

Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*: 'Het is niet hetzelfde om een zaak [zelf] te beloven en om levering van een zaak te beloven. Niemand kan immers zijn eigen zaak stipuleren, zoals blijkt uit D. 45,1,82 *pr.* Maar iemand kan stipuleren dat zijn eigen zaak aan hem geleverd wordt zoals hieronder in dezelfde wet wordt gezegd. Maar het is hetzelfde om een landgoed te beloven en om te beloven een landgoed in eigendom over te dragen, zoals hieronder blijkt in D. 18,1,25 *pr.*'¹¹⁸

Men kan zowel bezitsverschaffing als eigendomsoverdracht van een zaak stipuleren, maar men kan geen eigendomsoverdracht stipuleren van de zaak waar men reeds eigenaar van is. Vervolgens gaat Révigny in op de vraag of een eiser met deze *condictio certi* zijn eigen zaak kan opeisen. Hierbij maakt hij een vergelijking met een contract van bewaring of bruikleen:

Révigny ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): 'Is het waar dat met betrekking tot bewaargeving of bruikleen een *condictio certi* wordt gegeven? Dit is zeker niet het geval omdat wij van een in bewaring of in bruikleen gegeven zaak de eigendom behouden; niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief, zoals blijkt uit D. 7,9,12.'¹¹⁹

De vraag rijst vervolgens of als iemand andermans zaak in bruikleen heeft gegeven, een *condictio* ter beschikking staat. Dit geval komt immers niet in strijd met de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren. Toch beantwoordt Révigny ook deze vraag ontkennend:

Révigny ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): 'Ook als andermans zaak in bruikleen is gegeven, zou ik niet zeggen dat de *condictio certi* ter beschikking staat. De *condictio certi* strekt tot eigendomsoverdracht. Het schijnt dat de *condictio certi* ter beschikking staat om restitutie te vorderen, zoals hierboven in D. 12,6,22. Het schijnt dat wanneer tegen een ander een actie uit bruikleen en bewaargeving ter beschikking staat tot restitutie van een zaak, dat dit feit ook aanleiding geeft tot een *condictio certi*. De vraag rijst dan of de *condictio certi* samen met de *rei vindicatio* ter beschikking staat. Men zegt dat de *rei vindicatio directa* niet ter beschikking staat omdat degene die revindiceert eigenaar is en degene die condiceert geen eigenaar is, want niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief. Maar

118 Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 184 v^o a: 'Unde non est idem promittere rem et promittere rem tradi quia nemo stipulatur rem suam ut infra de verb. ob l. "Nemo rem suam." Sed suam rem tradi potest quis stipulari ut infra eadem lege dicitur. Sed idem est promittere fundum et promittere dare fundum infra de contrahen. emp. l. "Si ita."'

119 Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 184 v^o a: 'Unde verum est in deposito vel commodato detur certi condictio. Certe non, quia rei commodate et deposite dominium retinemus et nemo condicit rem suam praeterquam a fure supra usufr. quemad. ca. l. ult.'

het is op bijzondere wijze mogelijk om te revindiceren met de *rei vindicatio utilis*. Ik kan in dit geval condiceren en dit wordt bewezen door C. 8,54,1.¹²⁰

Révigny stelt aan het begin van dit fragment dat de *condictio certi* op eigendomsoverdracht is gericht. Hieruit volgt dat deze actie niet ter beschikking staat in het geval iemand een zaak in bruikleen heeft gegeven, ongeacht of dit zijn eigen zaak of andermans zaak was. Vervolgens stelt Révigny dat D. 12,6,22 schijnt uit te wijzen dat de *condictio certi* ook wordt gegeven ten einde restitutie van een zaak te vorderen (*restituere*, in plaats van *dare*).¹²¹ Dit is echter in strijd met zijn zojuist geuite standpunt dat de *condictio certi* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Révigny werpt de vraag op of, nu een contract van bruikleen of bewaargeving aanleiding geeft tot de *condictio*, deze *condictio* samenloopt met de *rei vindicatio*. Hierop geeft Révigny op bondige wijze de tegenstelling weer tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*: wie revindiceert is eigenaar, en wie condiceert is geen eigenaar (*qui vendicat dominus est, qui condicit dominus non est*).¹²² Na de regel genoemd te hebben dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, en zich dus toch weer op het strikte standpunt te stellen dat samenloop tussen beide acties is uitgesloten, opent Révigny de mogelijkheid van een uitzondering. De suggestie dat in geval van bruikleen of bewaargeving de *condictio certi* naast de *rei vindicatio* ter beschikking zou staan, wijst hij af. Hoewel Révigny

120 Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 184 v^o a: 'Etiam si res aliena esset commodati non dicerem quod competeret certi condictio. Certi condictio competit ad dandum. Unde videretur quod certi condictio competit ad restituendum, infra de condictio inde. l. "Sed et si me putem." Unde videretur quod cum alii in actione commodati et depositi que competunt ad restituendum que est factum competit certi condictio. Queritur utrum competat certi condictio cum re. ven. Dicunt quod tum directa rei ven. non competit, quia qui vendicat dominus est, qui condicit dominus non est, quia nemo condicit rem suam potest quam a fure. Sed cum utili rem vindicare utili rei vindicatione. Possum condicere hoc est quod probatur C. de do. que sub mo. l. 1.'

121 Waarschijnlijk doelt Révigny op D. 12,6,22,1 waar de *condictio incerti* ter beschikking wordt gesteld in het geval iemand bij de overdracht van een landgoed is vergeten een recht van overpad voor te behouden; dit recht van overpad kan worden gecondiceerd.

122 Deze opvatting over de *condictio certi*, en de onmogelijkheid van samenloop met de *rei vindicatio*, wordt bevestigd door Cynus († 1336), die door Révigny is beïnvloed; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 642. Zie Cynus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr 14, f. 52 v^o b: 'Decimo quaeritur nunquid certi condictio concurrat cum rei vindicatione. Respondeo statim quod non, quia omnis condi[c]tio abhorret dominium, ut supra usufru. quemad. l. ult. Sed non bene respondes indistincte, imo debes distinguere: aut est dominium rectum et [f. 53 r^o a] plenum, et illud tale abhorret omnis condictio, si utile daretur certi condictio tunc, ut infra de do. causa mort. l. "Si mortis," et C. de do. quae sub modo l. 1 et ibi dixi.' ('Ten tiende wordt gevraagd of de *condictio certi* niet samenloopt met de *rei vindicatio*. Ik antwoord meteen dat dit niet het geval is, omdat elke *condictio* onverenigbaar is met het eigendomsrecht, zoals blijkt uit D. 7,9,12. Maar jij antwoordt niet goed als je geen onderscheid maakt; jij moet immers onderscheiden tussen het geval waarin er sprake is van de echte en volle eigendom – déze verafschuwt elke *condictio* – en het geval er een bijzondere *condictio* [lees: een bijzondere *rei vindicatio*] wordt gegeven, zoals hieronder in D. 39,5,1 en in C. 8,54,1.')

niet meer het oog lijkt te hebben op bruikleen of bewaargeving, is de enige *rei vindicatio* die volgens hem tóch naast de *condictio* ter beschikking zou kunnen staan, zo blijkt uit het slot, de *rei vindicatio utilis*; deze *rei vindicatio* is bij uitzondering wél op eigendomsoverdracht is gericht.¹²³ Révigny volgt met betrekking tot de *condictio certi* dus de leer dat deze actie niet met de *rei vindicatio* samenloopt – behalve in het geval van diefstal, en behalve in het geval het de bijzondere *rei vindicatio utilis* betreft.¹²⁴

§ 3.4.4 Slot

Waar Révigny in zijn *lectura* op de Instituten de *condictio* voor het bezit van een zaak erkent, stelt hij zich in zijn *lectura* op de Digesten op het strike standpunt dat in beginsel niemand de *condictio certi* heeft met betrekking tot zijn eigen zaak. Het commentaar van Dinus, noch het commentaar van Révigny geeft een bevredigende verklaring van de bijzondere aard van de *condictio furtiva*, maar beide commentaren verschaffen inzicht in de wijze waarop zij deze *condictio* beschouwen. Ten opzichte van de glosse is immers een verschuiving waar te nemen: de *condictio furtiva* is niet zozeer bijzonder omdat deze bij uitzondering niet leidt tot eigendomsoverdracht, als wel omdat de eiser procedeert vanwege zijn eigendomsrecht op de zaak en niet op grond van overeenkomst, zoals een overeenkomst van bruikleen. Deze zienswijze blijkt ook op Bartolus invloed te hebben gehad.

§ 3.5 BARTOLUS

§ 3.5.1 Inleiding

Bartolus de Saxoferrato (1314–1357), de invloedrijkste post-glossator, behandelt de vraag of het bezit gecondiceerd kan worden, aan de hand van een andere *sedes materiae* dan de glosse. Bartolus bespreekt deze vraag niet aan de hand van de twee teksten over de *condictio* die in de glosse en bij de andere commentatoren het aanknopingspunt vormen,¹²⁵ maar naar aanleiding

123 Zie § 2.7, *supra*, p. 94.

124 Ook Révigny ad D. 13,3 en D. 13,3,1 *pr.*, f. 212 v^o b–213 r^o a, is geraadpleegd, maar dit, overigens lange, commentaar op de *condictio triticaria* draagt slechts in beperkte mate bij aan het begrip van de onderhavige kwestie.

125 Bartolus heeft, opvallend genoeg, geen commentaar geschreven op D. 7,9,12, de tekst naar aanleiding waarvan de glosse een uitbreiding van het toepassingsbereik van de *condictio possessionis* bewerkstelligde. Het Institutencommentaar, dat overigens niet van de hand van Bartolus zou zijn, breekt middenin de titel *De actionibus* af, nog voor I. 4,6,14 over de *condictio furtiva*. Zie over de toeschrijving van dit commentaar: Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 543, n. 192, waar de opvatting van Waelkens wordt genoemd dat het commentaar van Raoul d'Harcourt zou zijn, terwijl men op p. 725, n. 341, nog de oudere opvatting vindt dat dit commentaar van Révigny zou zijn.

van de *condictio triticaria*. Wij zagen dat de glosse afwisselend de *condictio triticaria* en de *condictio sine causa* ter beschikking stelt om het bezit van een zaak te vorderen, maar in het kader van de *condictio certi* terughoudend is en de hoofdregel toepast dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht.¹²⁶ De vraag rijst dus ten eerste of de opvatting van Bartolus over de *condictio certi* afwijkt van die van de glosse (§ 3.5.2). Vervolgens is het de vraag of Bartolus de eigenaar in het algemeen in staat stelt het bezit van zijn eigen zaak te vorderen en, zo ja, of hij deze mogelijkheid in overeenstemming weet te brengen met de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief (§ 3.5.3). Weet Bartolus een betere rechtvaardiging te geven van de *condictio furtiva* dan de glosse en de eerdere commentatoren? Ten slotte komt Bartolus' opvatting over de samenloop tussen de *rei vindictio* en de *condictio* aan de orde (§ 3.5.4).

§ 3.5.2 De *condictio certi*

Bartolus hanteert net zoals de glosse een gecompliceerd onderscheid tussen de verschillende *condictiones*: de *condictio certi* is de algemene *condictio* (*generalis*) die ter beschikking staat om een *certum* te vorderen, de *condictio triticaria* is de algemenere *condictio* (*generalior*) waarmee een *certum* of *incertum* kan worden gevorderd, maar geen geldbedrag, en de *condictio sine causa* is de meest algemene *condictio* (*generalissima*) waarmee elke zaak, ook een geldbedrag, kan worden gevorderd.¹²⁷ In het kader van zijn commentaar op de *condictio certi* werpt Bartolus de vraag op in welke gevallen deze actie beschikbaar is:

Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*: 'Bij deze uiteenzetting vraag ik op grond van welke van alle contracten het mogelijk is om een *certum* te vorderen. De glosse stelt dat soms wordt geprocedeerd met betrekking tot wat van mij is, soms opdat aan mij wordt geleverd, wat niet van mij is, soms opdat gerestitueerd wordt. Let op, want dit is zeer subtiel. In het eerste geval staat deze *condictio certi* niet ter beschikking, behalve tegen een dief, omdat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, zoals volgt uit D. 7,9,12 en I. 4,6,14.'¹²⁸

¹²⁶ Zie de gl. 'Certum petitur,' *supra*, n. 29.

¹²⁷ Met de *condictio triticaria* en de *condictio sine causa* kan ook een onbepaalde zaak (een *incertum*) worden gevorderd; zie Bartolus' onderverdeling in zijn commentaar op D. 12,1,9, nr. 5. Zie over dit onderscheid ook Dawson, *Unjust Enrichment*, p. 164, n. 34. Cf. de gl. 'Rem autem suam' ad D. 13,3,1,1, *supra*, n. 68.

¹²⁸ Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr. 17, f. 10 *vº*: 'Hoc exposito quero utrum ex omni contractu ex quo certum petitur. Dicit glossa hic: quandoque agitur ad id, quod meum est: quandoque ad tradendum mihi aliquid, quod non est meum, quandoque ad restituendum. Adverte, quia hoc est multum subtile. [18] Primo casu non competit hec certi condictio, nisi contra furem, quia nemo condicit rem suam, preterquam a fure, ut supra usufru. quemad. cave. l. ulti. et Inst. de actio. § "Sic itaque."'

Bartolus stelt, onder verwijzing naar de glosse, dat een eiser soms een zaak eist die van hem is, soms een zaak die aan hem geleverd wordt, en soms een zaak die aan hem 'gerestitueerd' moet worden. De *condictio certi* staat volgens hem niet ter beschikking wanneer een eigenaar procedeert met betrekking tot zijn eigen zaak, zij het dat Bartolus ook hier, onder verwijzing naar de bekende regel van D. 7,9,12, een uitzondering maakt in het geval van diefstal. Tegen het einde van zijn commentaar verduidelijkt Bartolus deze regel als volgt:

Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): 'Let toch op één aspect dat ik je heb onthouden: waar ik zei dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, dient onder 'zijn eigen zaak' het eigendomsrecht te worden begrepen: anders zou hij een op het geval toegesneden *condictio* hebben zoals in C. 8,54,1 en D. 39,5,1.'¹²⁹

Bartolus preciseert de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, in die zin dat een eigenaar niet *de eigendom* van een zaak kan condiceren, behalve van een dief. Na de beschikbaarheid van de *condictio certi* te hebben besproken in het geval van een verplichting tot levering van een zaak, gaat hij in op de vraag of de *condictio certi* ter beschikking staat wanneer de eigenaar restitutie wenst van een zaak:

Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): '[Dit geldt] wanneer een verbintenis strekt tot restitutie van een zaak, zoals bij een in bewaring, bruikleen of pand gegeven zaak. In dit geval zegt de glosse dat de *condictio certi* niet van toepassing is. De reden is dat nu de zaak van mij is, er niet gecondiceerd kan worden, tenzij de zaak is verduisterd, zoals hierboven in D. 12,1,4,1 het geval is. Ook stelt de glosse dat sprake is van een *incertum* omdat wordt geprocedeerd met betrekking tot een feitelijke toestand.'¹³⁰

Bartolus bespreekt hier de opvatting van de glosse dat als een eigenaar restitutie van zijn zaak wil eisen, wanneer hij zijn zaak bijvoorbeeld aan een pandhouder heeft afgestaan en deze terugverlangt, hij géén gebruik kan maken van de *condictio certi*.¹³¹ Bartolus maakt een uitzondering voor het geval er toch een aansprakelijkheid is ontstaan, zoals het geval van de pandhouder in D. 12,1,4,1 die een verpande zaak na afbetaling van de schuld niet heeft teruggegeven. Maar de pandhouder wordt in deze tekst door de

129 Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr. 39, f. 11 r^o: 'Ad unum tamen adverte, quod omisi tibi, quod ubicunque dixi, quod nemo condicit rem suam, intellige de re sua iure pleni dominii, secus si haberet utili dominium tantum l. 1 C. de dona. que sub modo et l. 1 infra de dona. ti. generali.'

130 Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr. 26, f. 10 v^o: 'Quandoque in obligatione est rem restituui, ut in re deposita, pignorata, commodata, et similibus. Isto casu dicit glossa non habet locum certi condictio. Ratio, quia res est mea, ergo non potest condici, quod intellige nisi fuerit contractata, ut supra eodem l. "Si quis nec causam" § 1. Item, quia agitur ad factum, dicit glossa ergo ad incertum.'

131 Bartolus antwoordt conform de gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.*, *supra*, n. 30.

glosse,¹³² en ook door Bartolus, als een dief aangemerkt. Bartolus laat de *condictio certi* dus niet samenlopen met de *rei vindicatio*, behalve in geval van diefstal.¹³³

§ 3.5.3 De *condictio triticaria* en de *condictio* tegen de dief

Met betrekking tot de *condictio triticaria* stelt Bartolus:

Bartolus ad D. 13,3,1 *pr.*: ‘Deze *condictio* is van toepassing met betrekking tot alle zaken, behalve uitgetelde muntstukken, of er nu een zekere, dan wel een onzekere hoeveelheid wordt geëist, en of er nu eigendom, dan wel bezit wordt geëist. Dit zegt deze tekst.’¹³⁴

Wij zagen dat reeds de glosse de *condictio triticaria* ter beschikking stelt om het bezit van een zaak te kunnen vorderen.¹³⁵ Bartolus volgt de glosse hierin: de *condictio triticaria* is niet alleen beschikbaar om de eigendom van een zaak te condiceren, maar óók het bezit. Nu ook Bartolus aan de *condictio triticaria* een ruim toepassingsbereik geeft, rijst opnieuw de vraag waarin het uitzonderlijke karakter van deze *condictio furtiva* – of preciezer gezegd, elke *condictio* die tegen een dief wordt ingesteld¹³⁶ – nog was gelegen. Het blijkt dat de *condictio* tegen de dief ook bij Bartolus steeds haar bijzondere positie heeft behouden, ook al aanvaardt hij de mogelijkheid om in het algemeen met de *condictio triticaria* het bezit van een zaak op te eisen. Zoals wij zagen, is de diefstal-uitzondering van belang bij de toekenning van de *condictio certi* tegen de pandhouder die de verpande zaak niet had teruggeven.¹³⁷ De commentaren over de *condictio* tegen de dief wekken de suggestie dat deze

132 Gl. ‘Res pignori,’ *supra*, n. 44; Bartolus ad D. 12,1,4,1, f. 7 r^o: ‘Opponitur nemo condicit rem suam preterquam a fure, ut l. ulti. *supra* usufruc. quemad. ca. Sed hic iste, cui datur condi[c]tio, est dominus, ergo male. Huius timore glossa intelligit omnia exempla huius paragrapho quod reus, contra quem datur hec *condictio furtiva*, ista res mobiles contrectaverit, ita quod fecerit furtum, merito contra eum datur condi[c]tio *furtiva*, et *condictio sine causa*. Omnis enim *condictio* degenerat contra furem insti. de act. § “Sic itaque.” (‘Hiertegen wordt ingebracht dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, zoals blijkt uit D. 7,9,12. Maar hier is degene aan wie een *condictio* ter beschikking wordt gesteld, eigenaar, dus dit zou ten onrechte zijn. Uit vrees hiervoor [voor deze tegenspraak] vat de glosse elk voorbeeld in deze paragraaf in die zin op dat de gedaagde, tegen wie deze *condictio furtiva* ter beschikking wordt gesteld, deze roerende zaak heeft verduisterd, en zich zo aan diefstal heeft schuldig gemaakt, zodat de *condictio furtiva* en de *condictio sine causa* terecht tegen hem ter beschikking worden gesteld. Elke *condictio* verliest immers zijn ware aard wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld, zoals blijkt uit I. 4,6,14.’)

133 Deze opvatting sluit aan bij die van de glosse ‘Nisi furi,’ *supra*, n. 77.

134 Bartolus ad D. 13,3,1 *pr.*, f. 67 r^o: ‘Hac condi[c]tio locum habet, pro omni re, excepta pecunia numerata, sive certum, sive incertum, sive dominium, sive possessio petatur. Hic dicit.’

135 Gl. ‘Ut vel,’ *supra*, n. 64; gl. ‘Rem autem suam,’ *supra*, n. 68.

136 Zie over deze *degeneratio* van de *condictio*, *supra*, p. 106.

137 *Supra*, n. 132.

uitzondering niet is gehandhaafd vanwege het praktische belang dat aan deze uitzondering was verbonden, als wel vanwege het feit dat de *condictio furtiva* te duidelijk in de bronnen was overgeleverd om te kunnen negeren. De ongemakkelijke situatie die ontstond door enerzijds de algemene aanvaarding van de *condictio trititaria* voor het bezit van een zaak, en anderzijds handhaving van de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, treedt het scherpst naar voren in de eerste twee zinnen van Bartolus' gecompliceerde commentaar op de *condictio trititaria*:

Bartolus ad D. 13,3,1,1: 'Niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief en van een gewelddadige bezitter. Maar iedereen condiceert zijn verloren bezit.'¹³⁸

Bartolus bevestigt de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, maar stelt direct daarna dat iedereen zijn verloren bezit kan condiceren. Beide uitspraken lijken tegenstrijdig te zijn. Als iedereen, dus ook de eigenaar, zijn verloren bezit kan condiceren, hoe kan men dan tegelijk volhouden dat alleen de bestolen eigenaar het bezit van zijn zaak kan condiceren? Bartolus lijkt zich van dit conflict bewust te zijn en tracht een en ander te 'verhelderen':

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): 'Teneinde deze paragraaf te verhelderen, wordt tegengeworpen dat het schijnt dat het condiceren van de eigendom van een dief hetzelfde is als het condiceren van het bezit. Als iemand immers de eigendom heeft, wat anders kan hij condiceren dan het blote bezit? Zodra hij immers eenmaal eigenaar is, kan hij niet nog meer eigenaar worden, hetgeen blijkt uit D. 41,2,3,4, l. 2,20,11 en C. 6,37,13.'¹³⁹

Dit is een terechte observatie. Bartolus wijst in dit fragment op het bekende feit dat de bestolen eigenaar de in beginsel op eigendomsoverdracht gerichte *condictio* tegen de dief instelt maar dat hij niet nog méér eigendom op zijn eigen zaak kan verwerven dan hij al had, zodat de *condictio* in dit geval in feite strekt tot het condiceren van het 'blote bezit' (*possessio nuda*) van de zaak. De consequentie van deze 'tegenwerping' zou zijn dat de *condictio* tegen de dief een voorbeeld zou zijn van een *condictio* waarmee het bezit wordt gevorderd – hetgeen Bartolus in het algemeen toestaat – en als zodanig dus geen bijzondere positie meer zou innemen. De bijzondere plaats die de *condictio* tegen de dief in de bronnen inneemt, zou daarom niet meer te

138 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 3, f. 67 r^o: 'Nemo condicit rem suam, preter quam a fure, et a violento possessore. Possessionem vero suam amissam quilibet condicit.'

139 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: 'Ut declarem hunc paragrapho opponitur et videtur, quod idem sit condicere dominium a fure, et condicere possessionem. Si enim habet dominium, quid aliud potest condicere, nisi possessionem nudam, cum semel dominus non possit amplius fieri dominus, ut de acquiren. poss. l. 3 § "Ex pluribus," insti. de leg. § "Si quis rem" et C. de lega l. "Proprias."'

verklaren zijn. In het vervolg geeft Bartolus een nadere verklaring van deze tegenstrijdigheid:

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): ‘Volgens deze uitspraak dien je te weten dat de eigenaar, door de *condictio* in te stellen tegen een dief en tegen een gewelddadige bezitter, eist dat zijn eigen zaak aan hem in eigendom moet worden overgedragen, hetgeen blijkt uit l. 4,6,14; maar als hij geen eigenaar zou zijn, dan zou hij niet kunnen eisen dat aan hem in eigendom wordt overgedragen, maar dat aan hem wordt gerestitueerd.’¹⁴⁰

Bartolus maakt een onderscheid tussen het geval waarin een bestolen eigenaar *condiceert* en dat waarin een bestolen niet-eigenaar *condiceert*. Hoewel Bartolus dit niet expliciteert, denkt hij in het tweede geval wellicht aan het geval waarin een zakelijk gerechtigde, zoals de pandhouder, is bestolen en de *condictio* instelt.¹⁴¹ In het eerste geval vordert de eiser volgens Bartolus eigendomsoverdracht, en in het tweede geval restitutie. Dit is een wonderlijke vaststelling. In beide gevallen vindt er immers geen eigendomsoverdracht plaats, maar kan de dief slechts het bezit van de zaak verschaffen. Nu de eiser in beide gevallen actief is gelegitimeerd tot de *condictio* en de *condictio* in beide gevallen het bezit als object heeft, rijst de vraag: waarin is het onderscheid gelegen tussen de eis van de bestolen eigenaar en die van de bestolen niet-eigenaar? Bartolus vervolgt:

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): ‘En dit aspect kan met betrekking tot deze paragraaf ook op een andere en betere wijze worden begrepen. Wij moeten de *condictio* beschouwen van de kant van de eiser en van de kant van de gedaagde; het standpunt van de eiser is dat hij één of andere zaak *condiceert*, dat wil zeggen: het bezit op grond van het eigendomsrecht op de zaak, dat zich bij hem bevindt. Dit kan immers door hem niet worden geëist, behalve van een dief, een rover en een gewelddadige [bezitter], zoals uit deze tekst blijkt, en hierboven uit D. 7,9,12 en D. 12,4,15. Gezien van de kant van de gedaagde wordt altijd het bezit gecondiceerd: omdat hij niet gehouden is iets anders te restitueren, dan het bezit zelf, aangezien hij niets anders kan geven; D. 45,1,29,1.’¹⁴²

140 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: ‘Pro cuius declaratione debes scire, quod contra furem et contra violentum possessorem est inductum, quod dominus condicendo petat rem suam sibi dari oportere, ut insti. de actio. § “Sic itaque.” Sed si non esset dominus, non posset petere sibi dari oportere, sed solum sibi restitui.’

141 Volgens D. 13,1,12,2, *supra*, p. 42, n. 201, was deze bestolen pandhouder in het klassieke Romeinse recht tot de *condictio furtiva* gelegitimeerd.

142 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: ‘Et hic esse posset unus intellectus ad hunc paragrapho vel aliter et melius. Debemus considerare conditionem ex parte actoris, et ex parte rei, sed ex parte actoris condicit quis rem, hoc est, possessionem ratione dominii rei, quod est apud actorem. Et hoc non potest fieri, nisi contra furem, raptorem et violentum, ut hic, et *supra* de usufr. quemadmo. ca. l. ultima. et *supra* de condi. ob causam. l. pe. Ex parte vero rei semper condicatur possessio: quia ad aliud restituendum non tenetur, nisi ad ipsam possessionem, cum nec posset aliud dare l. “Scire debemus” § fi. de ver. obl.’

Dit betoog is vrijwel niet te volgen. Toch verschaft deze ‘andere en betere’ uitleg (*aliter et melius*) inzicht in de wijze waarop de *condictio* van de eigenaar tegen de dief haar bijzondere positie in het *ius commune* heeft behouden. Bij de *condictio* komt het, zo stelt Bartolus in deze passage, zowel aan op de positie van de eiser als van de gedaagde. Aan de kant van de gedaagde geldt dat hij altijd – of hij nu door een bestolen eigenaar of door een niet-eigenaar wordt aangesproken – het bezit van de zaak moet restitueren. Er is wat hem betreft dus geen verschil tussen beide gevallen. Aan de kant van de eiser is het volgens Bartolus van belang of een eigenaar of een niet-eigenaar procedeert. Als de eigenaar het bezit van de zaak condiceert beroept hij zich op het eigendomsrecht dat hij op de zaak heeft (hij procedeert *ratione domini*). De bestolen eigenaar is dus de enige die *vanwege* zijn eigendomsrecht het bezit van een zaak kan condiceren. Zo wordt aan de regel van Ulpianus – ‘niemand kan zijn eigen zaak condiceren, behalve van een dief’ – een andere betekenis gegeven. De oorspronkelijke achtergrond van deze regel was immers dat met de *condictio* normaal gesproken eigendomsoverdracht werd geëist, en de dief niet tot eigendomsoverdracht in staat was, maar desalniettemin met de *condictio* kon worden aangesproken. Als de *condictio*, zoals Bartolus stelt, in het algemeen het bezit van een zaak als voorwerp kan hebben, lijkt deze regel van zijn betekenis ontdaan. Het was voor de commentatoren echter ondenkbaar een regel te negeren die zo duidelijk in de klassieke teksten was overgeleverd. Aan deze regel moest dus een betekenis worden toegekend en Bartolus doet dat door de actieve legitimatie van de eiser in de *condictio furtiva* – het beroep dat de bestolen eigenaar doet op zijn eigendomsrecht – als essentieel te beschouwen en niet op de achtergrond van deze regel dat de *condictio* van oorsprong principieel eigendomsoverdracht beoogde.¹⁴³ Op die manier kan verklaard worden dat ook aan de (bestolen) niet-eigenaar de *condictio* toekomt terwijl de eiser in dat geval evenmin eigendomsoverdracht eist. De *condictio* van de bestolen eigenaar behoudt zo zijn bijzondere positie. Bartolus legt de regel van Ulpianus dus zo uit dat niemand *met een beroep* op zijn eigendomsrecht een zaak kan condiceren, behalve van een dief, maar dat dit niet in de weg staat aan het condiceren van het bezit in andere gevallen.

Bij dit betoog rijst wel de vraag: kan een eiser het bezit van een zaak vorderen van iemand anders dan een dief? Bijvoorbeeld van iemand aan wie hij met andermans munten een onverschuldigde betaling heeft verricht, zoals het geval is in de bekende tekst van Paulus in D. 12,6,15,1. In het slot van dit commentaar zet Bartolus uiteen dat dit kan:

143 Hierboven bleek dat reeds Révigny de nadruk verplaatst van het petitum van de *condictio* naar de actieve legitimatie tot de *condictio*.

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): ‘Aangezien toch door de eiser het bezit wordt gecondiceerd, niet omdat hij eigenaar is, maar omdat hij bezat, is dit aan ieder toegestaan, zoals hieruit blijkt, en hierboven in D. 12,6,15,1 en zoals ik jullie liet zien in D. 12,1,4,1.’¹⁴⁴

‘Aan ieder’ (*cuilibet*) is het mogelijk om het bezit te condiceren. Een eiser kan dus het bezit van een gedaagde vorderen, ook al heeft deze zich *niet* aan diefstal schuldig gemaakt. Het valt op dat Bartolus niet alleen verwijst naar de tekst van Paulus, maar ook naar de tekst van Ulpianus over de pandhouder. Deze laatste tekst werd immers door de glosse beschouwd als een voorbeeld van een *condictio* die tegen de dief werd ingesteld, maar het feit dat Bartolus deze tekst in dit verband noemt, betekent dat deze tekst niet noodzakelijk als voorbeeld van diefstal moet worden opgevat.¹⁴⁵

De conclusie van dit commentaar luidt dat de *condictio* van de eigenaar tegen een dief volgens Bartolus nog steeds een onregelmatig karakter heeft, maar dat deze onregelmatigheid niet zozeer is gelegen in het feit dat de eiser het bezit van de zaak vordert – de *condictio* van het bezit wordt immers in ruime bewoordingen toegestaan – maar in het *beroep* dat de eigenaar doet op zijn eigendomsrecht.¹⁴⁶ Wanneer men dus in het *ius commune* de onderscheiding tegenkomt tussen enerzijds de *condictio ratione dominii* – of, zoals bij Dinus, *ratione proprietatis*¹⁴⁷ – en anderzijds de *condictio ratione possessionis*,¹⁴⁸ dan bedenke men dat het niet om een echte tegenstelling gaat in die zin dat in het eerste geval de eigendom van de zaak wordt gevorderd en in het tweede geval het bezit. De eerste term ziet op de actieve legitimatie van de eiser, of beter gezegd, op hetgeen de eiser aanvoert – zijn eigendomsrecht – terwijl de tweede term ziet op het *petitum* van de *condictio*, verschaft-

144 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: ‘Quandoque vero ex parte actoris condicatur possessio, non quia dominus, sed quia possidebat, et hoc cuilibet permittitur, ut hic, et supra de condi. inde. l. “Indebiti,” § “Sed si nummi,” tetigi vobis in l. “Si quis nec causam,” supra si cer. peta.’

145 Bartolus bespreekt in het kader van D. 12,1,4,1, f. 7 r^o, de vraag of deze *condictio* wel tegen een dief wordt ingesteld. Hij bespreekt hierbij de argumenten dat deze tekst ook op een verpande onroerende zaak kan slaan, die niet voor diefstal vatbaar is, en bovendien niet in titel D. 13,1 is opgenomen. Uiteindelijk geeft Bartolus, onder verwijzing naar Jacobus Butrigarius († 1348), een soortgelijke beschouwing als in het commentaar dat in de hoofdtekst is geciteerd, waarbij de *condictio* van de kant van de eiser en de gedaagde moet worden beschouwd, en waarbij de eiser aanvoert dat hij eigenaar is (*condici ratione dominii*) en de gedaagde tot restitutie van het bezit wordt aangesproken (*condici respectu possessionis*). Dat hier sprake is van de *condictio* tegen een dief stelt Bartolus niet met zoveel woorden, en inderdaad is deze kwalificatie niet meer van belang als het condiceren van het bezit ‘op welke wijze dan ook’ is toegestaan.

146 Men zag deze verschuiving reeds bij Révigny, zie het slot van § 3.4.2, *supra*, p. 121; hoewel Bartolus zich niet beroept op de leer van Révigny, is het bekend dat de rechtsschool van Orléans van invloed is geweest op de post-glossatoren; dit zou dus een voorbeeld van die invloed kunnen zijn.

147 *Supra*, n. 92.

148 Zie bij Dinus, *supra*, n. 94: ‘quemlibet ratione possessionis.’

fing van het bezit.¹⁴⁹ Volgens deze onderscheiding zou de *condictio* van de eigenaar tegen een dief onder beide categorieën vallen: de eiser beroept zich immers op zijn eigendomsrecht, maar condiceert het bezit. Toch presenteert Bartolus deze *condictio* als een *condictio ratione dominii*.

§ 3.5.4 Samenloop

De ontwikkeling naar de ruime erkenning van de *condictio possessionis* lijkt samenloop met de *rei vindicatio* mogelijk te maken. Toch is Bartolus in dit opzicht opvallend terughoudend. In een commentaar op de constitutie over de *rei vindicatio utilis* die hierboven, aan het slot van de behandeling van het Romeinse recht, werd besproken,¹⁵⁰ stelt Bartolus zich op het standpunt dat de *condictio* en de *rei vindicatio* niet kunnen samenlopen:

Bartolus ad C. 8,54(55),1: 'De wet zegt dat als de schenkingsovereenkomst niet wordt nageleefd, men de zaak met een op de feiten toegesneden actie kan revindiceren, en men met de *condictio ob causam* kan ageren. Hier wordt tegenin gebracht dat zeker een andere actie wordt gegeven, namelijk de *actio praescriptis verbis*. De oplossing. Ik geef toe dat deze drie acties samenlopen. Maar hier wordt tegenin gebracht dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, hetgeen volgt uit D. 7,9,12; in deze tekst worden dus de *rei vindicatio* én de *condictio* gegeven. Ten onrechte. De oplossing. Volgens de hierbij geplaatste glosse wordt hier een bijzondere *rei vindicatio* gegeven ten behoeve van alimentaties. Omdat men niet kan zeggen dat dit vanwege mijn eigen zaak geschiedt, wordt de bijzondere *rei vindicatio* terecht aan mij verleend; dus de bijzondere *rei vindica-*

149 Dit contrast blijkt ook uit Bartolus ad D. 12,1,4,1, f. 7^{ro}: 'Item oppitur si iste qui agit, est dominus, ad quid ergo aget cum dominium habeat. Quidam dicunt quod condicit possessionem ut l. "Indebiti" § "Sed si nummi," infra de condi. indebi. et l. ii de triti. Glossa istud reprobatur per textum qui dicit quod res condicit et aliud est res aliud possessio, ut l. "Si duo" infra uti. pos. Dicebat Ia[cobus] Bu[trigarius] quod in conditione duo sunt consideranda, unum ex parte agentis, et hoc modo iste condicit ratione dominii, et ideo dicitur condicere rem. Ita debet intelligi hic. Sed si condiceret ratione possessionis, tunc diceretur condicere possessionem, § "Sed si nummi," dicit l. 2 de triti. Secundo modo potest considerari respectu rei, et tunc dicitur condici respectu possessionis. Sola enim possessio restitui postulat, et ita debetis intelligere hic.' ('Ook hier wordt tegenin gebracht dat degene die procedeert eigenaar is; waartoe procedeert hij dan wanneer hij de eigendom heeft? Sommigen zeggen dat hij vanwege het bezit procedeert, zoals in D. 12,6,15,1 en D. 13,3,2 het geval is. De glosse verwerpt deze optie op grond van de tekst die zegt dat hij de zaak condiceert en de zaak en het bezit twee verschillende dingen zijn, zoals blijkt uit D. 43,17,9. Jacobus Butrigarius stelde dat met betrekking tot de *condictio* twee zaken in overweging moeten worden genomen; ten eerste wat betreft de eiser, die op deze wijze condiceert van wege de eigendom, en daarom geacht wordt de eigendom te condiceren. Zo moet dit hier worden begrepen. Maar als hij wat betreft het bezit zou hebben gecondiceerd, dan zou hij gezegd worden het bezit te condiceren, zoals blijkt uit D. 12,6,15,1 en D. 13,3,2. Ten tweede moet de kant van de gedaagde in aanmerking worden genomen, en dan wordt gezegd dat vanwege het bezit gecondiceerd wordt. Gesteld wordt immers dat alleen het bezit wordt gerestitueerd, en zo moet men dit begrijpen.')

150 C. 8,54(55),1, *supra*, p. 94, n. 467.

tio loopt wel degelijk samen met de *condictio*, in tegenstelling tot de directe. Over dit onderwerp heb ik genoeg gezegd in het kader van D. 39,5,1.¹⁵¹

In dit commentaar stelt Bartolus dat in deze constitutie ten onrechte aan de eiser zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* ter beschikking lijken te staan. Niemand kan immers zijn eigen zaak condiceren, behalve van een dief en in dit geval is er van diefstal geen sprake. De ‘oplossing’ sluit aan bij hetgeen de Codex-tekst zelf ook al vermeldt: er is hier geen sprake van een *rei vindicatio* van een eigenaar, maar een op de feiten van de zaak toegesneden *rei vindicatio utilis* die aan een *voormalig* eigenaar toekomt. Dit is dus geen situatie waarin een eigenaar zijn eigen zaak condiceert.¹⁵² De *condictio* en de *rei vindicatio* zijn beide gericht op het verkrijgen van de eigendom.

§ 3.5.5 Slot

Het belang van Bartolus’ commentaar is gelegen in zijn erkenning dat de *condictio* op restitutie van het bezit kan zijn gericht. Dit is ook mogelijk buiten het geval van diefstal, door middel van de *condictio triticaria*. In het kader van de *condictio certi* blijft Bartolus vasthouden aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. De *condictio* van de eigenaar tegen de dief heeft daardoor haar bijzondere positie behouden, zo blijkt uit zijn de conclusie dat de *rei vindicatio directa* in principe niet kan samenlopen met de *condictio*.

Tot slot rijst de vraag of het argument dat het bestaan van de *condictio indebiti* het bewijs leverde dat ook een putatieve titel als *iusta causa* van eigendomsoverdracht gold – het argument dat in de Accursische glosse een centrale rol had gespeeld – door de post-glossatoren is overgenomen. Dit blijkt niet steeds het geval te zijn. In het kader van zijn korte commentaar op het *iusta causa*-vereiste verwijst Bartolus weliswaar naar dit argument van de glosse, maar het is niet duidelijk of hij het zelf overneemt.¹⁵³ Baldus de Ubaldis (1327–1400¹⁵⁴), de leerling van Bartolus,¹⁵⁵ aanvaardt de leer dat een puta-

151 Bartolus ad C. 8,54(55),1, f. 123 r^o: ‘Si pactum donationis non servatur, potest res actione utili vindicari et conditione ob causam agi hoc dicit. Opponitur quod imo detur alia actio scilicet praescriptis verbis, ut supra tit. l. “Cum res.” Solutio. Fateor quod omnes istae tres actiones concurrunt. Sed contra hoc opponitur: quia nemo condicit rem suam, praeterquam a fure ut l. fi. ff. usufr. quemad. ca. Sed hic datur vindicatio, et condictio. Ergo male. Solutio. Ista vindicatio, que datur hic, datur utilis favore alimentorum, secundum glossam hic positam. Unde non potest dici proprie res mea, merito mihi conceditur condictio [lees: vindicatio] utilis. Ergo vindicatio utilis bene concurrat cum conditione. Secus in directa. De hac materia, plene dic, ut in l. i. ff. de dona.’

152 In gelijke zin: Bartolus’ commentaren ad C. 4,6,2, D. 39,5,1, en D. 39,6,29.

153 Zie Bartolus ad D. 41,1,31 pr., f. 81 v^o. In zijn commentaar op de *dissensus in causa* gaat Bartolus in op de vraag of er was betaald met het doel dat bevrijding zou optreden (‘si tendat ad liberationem’); was dit het geval, dan ging eigendom over; zie Bartolus ad D. 12,1,18, nr. 1, f. 15 r^o. Zie Fuchs, *iusta causa traditionis*, p. 45–46.

154 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 750.

155 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 751.

tieve titel voldoende is voor eigendomsoverdracht,¹⁵⁶ maar hij baseert deze niet langer op het bestaan van de *condictio*.¹⁵⁷

§ 3.6 SLOT: SAMENLOOP BIJ PAULUS DE CASTRO

Eén vraag is tot nu toe onderbelicht gebleven. Wat was het belang van een ruime aanvaarding van de *condictio possessionis*, ook buiten het geval van diefstal? Paulus de Castro (1360/62–1441¹⁵⁸) geeft in zijn commentaar op de Digesten een antwoord op deze vraag.¹⁵⁹ Paulus de Castro was aan de universiteit van Perugia een leerling van Baldus,¹⁶⁰ zodat het niet verbaast dat hij, evenals Baldus – en evenals diens leraar, Bartolus – de eigenaar in staat stelt om het bezit van zijn (al dan niet gestolen) zaak te condiceren. In tegenstelling tot Bartolus aanvaardt Paulus de Castro echter dat beide acties konden samenlopen en dat aan deze samenloop ook een voordeel was verbonden, zoals blijkt uit zijn commentaar op de *condictio triticaria*:

Paulus de Castro ad D. 13,3,1,1: ‘Ten slotte rijst bij de glosse die begint met de woorden “quid de possessione” de vraag: wanneer jij mijn zaak bezit, zal ik, ook al kan ik de zaak [de eigendom van de zaak] niet condiceren, omdat die aan mij toebehoort, het bezit kunnen condiceren, omdat dat *niet* aan mij toebehoort? Het antwoord luidt dat het zeker onnozel is om de *rei vindicatio* in te stellen, die het voor mij noodzakelijk maakt de eigendom te bewijzen; wanneer ik met betrekking tot het bezit ageer, is het voor mij niet noodzakelijk dit te bewijzen, maar slechts dat ik [recht heb op] het bezit.’¹⁶¹

156 Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326, wijst op passages van Baldus en Fulgosius waaruit de invloed van het betoog van de glosse blijkt; zie over de invloed van de gl. ‘Iusta causa’ ook Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 33, n. 48.

157 Baldus ad C. 2,3,20, nr. 5, f. 109 v^o, stelt dat een ‘causa vera vel putativa’ voor eigendomsoverdracht kan dienen, zonder het argument van de glosse te noemen; zie Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326, n. 18. Zie ook Baldus ad C. 1,14,5, nr. 18, f. 66 v^o: ‘Bre viter respondeo quod domini translatio non sequitur ex contractu tamquam ex immediata causa, sed sequitur ex voluntate tradentis, qui vult transferre dominium, quod potest transferre etiam ex causa falsa et putativa, ut ff. de condi. ob causam l. 3 § “Subtilius.”’ (‘Kort antwoord ik dat de eigendomsoverdracht niet volgt op het contract of de onmiddellijke oorzaak, maar volgt op de wil van de tradens, die de eigendom wilt overdragen, en dat hij de eigendom ook op grond van een ongeldige of een vermeende oorzaak, zoals blijkt uit D. 12,4,3,8.’)

158 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 818.

159 Terecht merkt Cujas, aangehaald in Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 820, dan ook op: ‘Qui non habet Paulum de Castro, tunicam vendat et emat.’

160 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 814.

161 Paulus de Castro ad D. 13,3,1,1, nr. 6, f. 65 r^o b: ‘Ultimo glossa quae incipit “quid de possessione” quaerit, si possides rem meam, licet non possem rem condicere, quia est mea, an possim condicere possessionem, quia illa non est mea? Responde, quod sic certe si hoc est verum fatuum est intentare rei vendicationem, in qua habeo necesse probare dominium, ex quo possum agere ad possessionem in qua non habeo necesse probare, sed dumtaxat me possidere.’

Paulus de Castro bespreekt het geval waarin een eiser zowel de beschikking heeft over de *condictio triticaria* als de *rei vindicatio*. Hij stelt dat de eiser er, gezien de zwaardere bewijslast in de *rei vindicatio*, verstandig aan gedaan zal hebben om op grond van de *condictio triticaria* te procederen. In welk geval kon een eiser, buiten het geval van diefstal, zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* instellen? Zoals bij de bespreking van het Romeinse recht bleek, stelt Paulus de *condictio indebiti* niet alleen ter beschikking aan degene die anderszins muntstukken had gebruikt voor een onverschuldigde betaling, maar in het algemeen aan degene die het bezit van een zaak onverschuldigd had geleverd.¹⁶² In zijn commentaar op deze tekst overweegt Paulus de Castro:

Paulus de Castro ad D. 12,6,15,1: 'Met betrekking tot het eerste en het tweede geval zij ten eerste [het volgende] opgemerkt ten aanzien van diegenen die zeggen dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren. Daarom geldt dat wanneer ik mijn zaak aan jou heb geleverd, en op grond van een vergissing niet de eigendom heb overgedragen, dat ik ten aanzien van deze zaak niet de *condictio* vanwege eigendom kan instellen, maar ik haar moet revindiceren, ofwel opeisen door middel van de *actio ad exhibendum*, zoals blijkt uit D. 12,4,3,8 en D. 12,4,15 i.f. Het is zeker dat ik tenminste het bezit dat ik succesvol heb overgedragen, kan condiceren, omdat dat makkelijker wordt overgedragen, op grond van een nietig of vermeend contract, zoals blijkt uit D. 41,2,1,22, en dit wil de glosse in werkelijkheid.'¹⁶³

Hoewel de tekst van Paulus zelf niet noodzakelijk leidt tot de situatie waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* in één hand zijn verenigd, leidt Paulus de Castro uit (het tweede gedeelte van) D. 12,6,15,1 af dat de solvent eigenaar is gebleven van de onverschuldigd geleverde zaak en dat zich dus ook hier samenloop voordoet. Als dat zo zou zijn, zou zich hier de vraag voordoen of de tradent een keuze moet maken tussen de *condictio* en de *rei vindicatio*. Paulus de Castro hecht nog steeds betekenis aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. Maar hij legt deze regel beperkt uit, in die zin dat niemand de *eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren. De mogelijkheid om het *bezit* van een zaak te condiceren, wordt er dus niet door beperkt. Uit de verwijzing naar het feit dat het bezit 'makkelijker' kan worden overgedragen, blijkt het praktische inzicht van Paulus de Castro.

Het feit dat de eiser een bewijsrechtelijk voordeel kon hebben bij de beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, heeft niet het einde

162 Zie D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

163 Paulus de Castro ad D. 12,6,15,1, nr. 2, f. 47 r^o a: 'Notatur ex primo et secundo dicto, declarationem ad multa iura, primo ad illa, quae dicunt quod nemo condicit rem suam. Unde si tradidi rem meam, et non transtuli dominium ratione erroris, vel alia causam, non possum illam condicere ratione proprietatis, sed debeo illam vindicare, vel per actionem ad exhibendum petere, ut supra de cond. ob caus. l. 3 § "Subtilius" et l. pen. in fi. Certe saltem possum condicere possessionem, quia illam bene transtuli cum facilius transferatur, et ex contractu nullo, vel erronea, ut l. 1 § "Si in re," de acq. pos. et hic istum textum, et hoc vult glossa fin. in ver.'

ingeluid van de commentaren waarin het tegengestelde karakter van beide acties werd besproken. Zo besteedt ook de Rooms-Hollandse jurist Arnold Vinnius (1588–1657) in zijn commentaar op de Instituten nog ruim aandacht aan het problematische karakter van de beschikbaarheid van de *condictio* vanwege diefstal. Vinnius schrijft:

Vinnius ad I. 4,6,14: ‘Deze knoop is onontwarbaar, tenzij wij zeggen dat met betrekking tot de andere *condictiones* het woord ‘geven’ (*dare*) in een strikte zin is begrepen, en dit woord zo wordt begrepen dat hier eigendomsovergang onder wordt begrepen; en dat echter met betrekking tot de *condictio furtiva* dit zelfde woord op een meer soepele en oneigenlijke manier is begrepen, zodat dit woord uit hoofde hiervan de restitutie van een zaak inhoudt, en dit zegt de glosse en dit doet D. 45,1,29,1.’¹⁶⁴

Het feit dat de *condictio* volgens de bronnen principieel op eigendoms-overdracht is gericht, maar in geval van diefstal toch aan een eigenaar ter beschikking wordt gesteld, blijft een ‘onontwarbare knoop’ (*nodus indissolubilis*).

De conclusie van dit hoofdstuk luidt dat in het *ius commune* is aanvaard dat de *condictio* niet uitsluitend op eigendomsoverdracht was gericht, maar óók op bezitsverschaffing. De regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, werd echter nog steeds geciteerd. De rechtvaardiging van de regel is bij Bartolus echter een andere dan in het klassieke Romeinse recht. Het uitzonderlijke karakter van de *condictio furtiva* – of van elke *condictio* wanneer deze tegen een dief werd ingesteld – bestond niet langer uit het feit dat dit de enige *condictio* was die geen eigendomsoverdracht beoogde, maar dat dit de enige *condictio* was die door een eigenaar kon worden ingesteld. Er trad dus een verschuiving op van het *petitum* van deze *condictio* naar de actieve legitimatie tot deze *condictio*. Deze verschuiving doet zich reeds bij Dinus en Révigny voor. De *condictio* kon immers het bezit van een zaak als voorwerp hebben. Het bezit van een zaak werd beschouwd als een vermogensrecht dat gecondiceerd kon worden – *possessio est res*, zo stelt de glosse. Reeds de glosse aanvaardt dit, maar uitsluitend in het kader van de *condictio triticaria* of de *condictio sine causa*. In het kader van de *condictio certi* is steeds, ook bij Bartolus, vastgehouden aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. Ook Paulus de Castro bespreekt de samenloop tussen beide acties en stelt bovendien dat aan de beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio* voor de eiser een belangrijk bewijsrechtelijk voordeel is verbonden.

¹⁶⁴ Vinnius ad I. 4,6,14, p. 897: ‘Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in caeteris conditionibus verbum dandi proprie et stricte acceptum, eoque intellectam tantum dominii translationem; in conditione autem furtiva idem verbum laxius et improprie sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio, quod et glossa hic inuit et facit l. “Scire” 29 § 1 de verb. obl.’

§ 4.1 INLEIDING

Sinds de Accursische glosse speelt het debat over de samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* zich af op het raakvlak van twee vraagstukken. Het eerste vraagstuk betreft het karakter van de *condictio*: is de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht gericht of staat deze actie ook ter beschikking aan een eiser die slechts het *bezit* van een zaak wenst te vorderen, zoals bepaalde teksten uit de Digesten uitwijzen? Zoals wij zagen is in het *ius commune*, ook na de glosse, een tegenstelling blijven bestaan tussen enerzijds de aanvaarding van de *condictio possessionis* en anderzijds de ‘traditionele’ opvatting dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht. Volgens de eerste opvatting bestaat in het algemeen, en niet alleen in het geval van diefstal, de mogelijkheid om het bezit van een zaak te condiceren, terwijl de *condictio* en de *rei vindicatio* elkaar volgens de tweede opvatting per definitie uitsluiten.

Het tweede vraagstuk heeft betrekking op het vereiste dat aan eigendomsoverdracht een *iusta causa* ten grondslag dient te liggen. De glosse baseert de opvatting dat ook een putatieve titel als *iusta causa* kan dienen op het bestaan van de *condictio indebiti*. Dit argument, wij zagen het reeds, is niet dwingend. Men kan zich immers een systeem voorstellen waarin eigendom slechts overgaat op grond van een obligatoir geldige titel, terwijl de *condictio* nog steeds een functie vervult. Tussen beide vraagstukken bestaat daarom geen dwingend verband, in die zin dat een bepaalde opvatting over de vraag of de *condictio* al dan niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, leidt tot een antwoord op de vraag hoe het titelvereiste moet worden ingevuld. Dit neemt niet weg dat de *condictio* en het titelvereiste, ook na de glosse, verbonden zijn gebleven, en dat tussen beide leerstukken een argumentatieve verhouding is blijven bestaan, zoals in dit en het volgende hoofdstuk zal blijken. Dit betekent dat het debat omtrent het *iusta causa*-vereiste ook in een onderzoek naar de *condictio* van belang is.

In dit hoofdstuk wordt ten eerste het debat besproken dat over het *iusta causa*-vereiste in het Duitse en het Zwitserse recht werd gevoerd en de rol die de *condictio* hierin gespeeld heeft (§ 4.2). Vervolgens komt de ontwikkeling van de *condictio possessionis* in beide rechtssystemen aan bod (§ 4.3).

§ 4.2 HET *IUSTA CAUSA*-VEREISTE

§ 4.2.1 De invloed van de glosse 'Iusta causa'

Het argument van Accursius dat het bestaan van de *condictio indebiti* het bewijs vormt voor de stelling dat eigendom ook op grond van een putatieve titel overgaat,¹ heeft een lang 'Nachleben' gehad.² Zo schrijft de Franse jurist Hugo Donellus (1527–1591), in navolging van Accursius:

'Accursius geeft door het voorbeeld van de onverschuldigde betaling dus terecht de beste uitleg aan de definitie van Paulus over de voorafgaande *causa*, in die zin dat hij zegt dat als er een *causa* zal zijn voorafgegaan, dit een echte of een putatieve zal zijn. Het is duidelijk dat degene die in dwaling betaalt, [eigendom] overdraagt wanneer hij meent dat hij debiteur is van degene die ontvangt, en hij zo een reden tot betaling veronderstelt. Een valse crediteur, dat is degene die voorwendt crediteur te zijn, pleegt diefstal wanneer hij de onverschuldigde betaling in ontvangst heeft genomen, en verwerft niet de eigendom van de munten. D. 47,2,43 *pr.*'³

Donellus geeft in deze passage aan dat eigendom op grond van een onverschuldigde betaling overgaat, maar dat kennis van het onverschuldigde karakter van de betaling bij de accipiënt aan diens eigendomsverkrijging in de weg staat.⁴ Hoewel de bezwaren die tégen het argument van de glosse konden worden ingebracht⁵ hebben geleid tot verdediging van de leer dat een *iusta causa* obligatoir geldig diende te zijn,⁶ heeft het betoog van de glosse zijn invloed behouden. Ook auteurs die invloedrijk zijn geweest bij de totstandkoming van de moderne codificaties, zoals Robert-Joseph Pothier (1699–1772),⁷ en Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), gebruiken dit argument ter ondersteuning van een subjectieve invulling van het titelvereiste.⁸

Zo geeft Savigny op de vraag of dwaling omtrent de beweegredenen tot eigendomsoverdracht van invloed is op de vraag of eigendom overgaat, een ontkennend antwoord. De redenen hiervoor zijn volgens Savigny gelegen

1 Zie de glosse 'Iusta Causa,' *supra*, p. 100, n. 13.

2 Zie Zwalm, *GEPR*, p. 249.

3 Donellus, *Commentaria de Iure Civili*, liber IV, caput XVI, art. IX: 'Bene igitur Accursius superiorem definitionem Pauli de praecedente causa exemplo indebiti soluti sic accepit, si causa aliqua praecesserit, vera, inquit, vel putativa. Plane qui per errorem solvit, ita transfert, si et qui accipit, sibi debet, et hoc modo causam subesse, existimat. Alioqui falsus creditor, hoc est qui se simulat creditorem, si acceperit indebitum, furtum facit, nec nummi fiunt ejus. D. 47,2,43 *pr.*'

4 Zie voor het klassieke Romeinse recht D. 47,2,43 *pr.*, *supra*, p. 52, n. 252.

5 *Supra*, p. 101.

6 In die zin Cujas en Voet; zie Zwalm, *GEPR*, p. 251–52.

7 Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, nr. 230, *infra*, p. 181, n. 66.

8 Zie Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 100; Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 34.

in de vrije wil en in de systematiek van het recht, waarbij hij op de Romeins-rechtelijke *condictiones* doelt:

‘Dieser wichtige Satz soll nunmehr gegen jede Einwendung gesichert werden. [...] Er ist ferner unzweifelhaft als die nothwendige Voraussetzung einiger der wichtigsten Institute des Römischen Rechts, die ohne ihn ganz unmöglich seyn würden. [...] Eben so aber auch die Ausnahmen des Satzes, von welchen sogleich ausführlich die Rede seyn wird, nämlich die ädilicischen Klagen, und die Conditionen; denn diese wären völlig überflüssig, ja in ihrer fest begränzten Ausnahmenatur undenkbar, wenn nicht unser Satz als bekannte und unzweifelhafte Regel vorausgesetzt werden dürfte.’⁹

Heinrich Dernburg (1829–1907) varieert op dit argument wanneer hij stelt dat de Romeinen ‘mit praktischem Takt und logischem Scharfsinn’ de vraag naar eigendomsoverdracht gescheiden hebben van de vraag of de accipiënt recht had om hetgeen hij verkregen had, te behouden. In dit geval werd immers uitsluitend de *condictio* ter beschikking gesteld:

‘Nur durch eine persönliche Klage, die *condictio*, ist ihm derjenige, welchem er tradirt hat, insoweit er ohne die wirkliche Absicht des Gebers bereichert wurde, zur herausgabe des ungerechten Gewinnes verpflichtet.’¹⁰

Dernburg vat de *condictio* bovendien, net zoals Savigny, op als een actie die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht:

‘Es wird dem Geber in den Quellen zur Rückforderung der Zahlung einer nicht existirenden Schuld nur eine *condictio indebiti* eingeräumt; eine Klagart, welche gerade, wie bereits angedeutet wurde, zur Voraussetzung hat, daß ein Eigenthumsübergang auf den Beklagten stattfand.’¹¹

Dernburg stelt vast dat dit principe weliswaar nergens uitdrukkelijk in de Romeinse bronnen is vastgesteld, maar dat het kan worden afgeleid uit het feit dat in dergelijke gevallen uitsluitend de *condictio*, en niet de *rei vindicatio* aan de tradent ter beschikking wordt gesteld. De beschikbaarheid van de *condictio* vooronderstelde dat eigendom op de accipiënt was overgegaan, zo stelt Dernburg onder verwijzing naar Ulpianus’ regel, dat niemand, behalve in geval van diefstal, zijn eigen zaak kan condiceren.¹² Hieruit leidt hij af dat

9 Savigny, *System* III, p. 356–57. In deze zin ook Savigny, *Obligationenrecht* II, p. 261: ‘Wenn das Eigenthum auf eine, an sich gültige Weise freiwillig übertragen wird (durch Mancipation, Tradition u.s.w.), der vorige Eigenthümer aber zu dieser Uebertragung bestimmt wird durch mangelhafte Beweggründe, insbesondere durch Irrthum, so ist die Uebertragung an sich gültig und wirksam, sie kann aber hinterher angefochten und entkräftet werden durch eine Reihe sorgfältig ausgebildeter Conditionen (*condictio indebiti*, *sine causa*, *ob causam datorum*, *ex injusta causa*).’

10 Dernburg, *AcP* 40, p. 2.

11 Dernburg, *AcP* 40, p. 18.

12 D. 7,9,12, *supra*, p. 25, n. 106.

de wil van de tradent om eigendom over te dragen deze overdracht bewerkstelligt, ondanks de ongeldigheid van de obligatoire *causa* op grond waarvan de levering plaats had gevonden. De ‘traditionele’ opvatting waarin de *condictio*, behalve in het geval van diefstal, gericht is op eigendomsoverdracht, vormde dus ook in Duitsland het fundament van de leer dat eigendom op grond van een *causa putativa* kon overgaan.¹³

Nu eigendom overgaat, onafhankelijk van het antwoord op de vraag of er een in verbintenisrechtelijke zin geldige titel is die tot eigendomsoverdracht verplicht, rijst de vraag hoe men kan differentiëren tussen gevallen waarin partijen niet wensen dat de eigendom overgaat, zoals in het geval van bruikleen, en die gevallen, zoals bij koop, waar partijen dit wel wensen. Hiertoe verheft Savigny de levering van een puur feitelijke uitvoeringshandeling tot een rechtshandeling, een zakelijke overeenkomst (‘dinglicher Vertrag’), waarbij het aankomt op de wilsovereenstemming tussen partijen om door middel van de levering eigendom te doen overgaan, en de obligatoire overeenkomst slechts een middel is om deze wil aan te tonen.¹⁴ Deze leer werd in het BGB opgenomen.¹⁵

§ 4.2.2 Het titelvereiste in het Zwitserse recht

Het Zwitserse recht wijkt af van de gemeenrechtelijke leer. Waar het Zwitserse recht immers bij de invoering van het Obligationenrecht in 1883 in eerste instantie nog de Duitse ontwerpen voor het nieuwe BGB volgde en een abstract stelsel van eigendomsoverdracht huldigde,¹⁶ aanvaardde het Zwitserse Bundesgericht in 1929 de causale leer. Het feit dat de solvent in geval van onverschuldigde betaling gewoonlijk de *rei vindicatio* tot zijn beschikking zal hebben gehad, zou kunnen betekenen dat de *condictio* niet langer de belangrijke functie vervulde die aan deze actie in een abstract stelsel toekwam. Dat zou althans het geval zijn, als de *condictio* zou zijn opgevat als een op eigendomsoverdracht gerichte vordering. Nu de vraag of de *condictio* inderdaad op eigendomsoverdracht is gericht, in het bijzonder op de voorgrond treedt in een causaal stelsel van eigendomsoverdracht, is het van belang om het Zwitserse recht te onderzoeken.

Het Schweizerisches Obligationenrecht werd in 1881 door de Bundesversammlung aangenomen en op 1 januari 1883 ingevoerd.¹⁷ Op 1 januari 1912 werd een herziene en vernummerde versie van het Obligationenrecht als vijfde boek toegevoegd aan het Zivilgesetzbuch, de uniforme codifica-

13 Zie Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326 sq.; *TvR* 38, p. 90 sq.

14 Savigny, *System* III, p. 312: ‘So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragsbegriffs darin wahrgenommen werden [...]’ Zie ook Savigny, *Obligationenrecht* II, p. 257, met de beroemde noot m: ‘Die Tradition selbst ist daher ein wahrer Vertrag, nur nicht ein obligatorischer, sondern ein dinglicher [...]’.

15 Mugdan, II, p. 4.

16 Zie over de invloed van het Duitse op het Zwitserse recht: Peter, *Fs. Bader*, p. 321 sq.

17 Dölemeyer, in: Coing, *EP* III.2, p. 1967. Zie over de geschiedenis van het OR en ZGB ook: Lokin & Zwolfe, *Codificatiegeschiedenis*, p. 395–405.

tie van het gehele privaatrecht die op die dag in werking trad.¹⁸ Noch de wetstekst, noch de voorbereidende documenten bij het wetboek geven echter inzicht in de vraag welke eisen aan de titel voor eigendomsoverdracht werden gesteld.

Uit de door de Bundesrath opgestelde 'Botschaft,' waarmee het ontwerp aan de Bundesversammlung werd voorgelegd, blijkt bijvoorbeeld niet of de wetgever het titelprobleem heeft overwogen.¹⁹ In de overwegingen over het 'Mobiliar-Sachenrecht' wordt vooral aandacht besteed aan de keuze om bezitsverschaffing, in tegenstelling tot eerdere ontwerpen, als vereiste voor eigendomsoverdracht te stellen – hierin werd het Duitse Traditionsprinzip gevolgd, en niet het Franse Konsensprinzip – en aan de beschermingsbepalingen voor de bezitter te goeder trouw – in deze zin werd het Franse recht juist wel gevolgd. Ook een bespreking van het verrijktingsrecht ontbreekt.²⁰

Het Obligationenrecht bevatte met betrekking tot de eigendomsoverdracht van roerende zaken slechts de bepaling dat bezitsverschaffing was vereist:²¹

'Soll in Folge eines Vertrages Eigenthum an beweglichen Sachen übertragen werden, so ist Besitzübergabe erforderlich.'²²

Hoewel het wetboek het titelvereiste dus onbesproken liet, nam het Bundesgericht in een arrest uit 1903 de abstracte leer aan.²³ In dit arrest, waarin het ging om een koopovereenkomst die was gesloten in strijd met het wettelijke verbod tot inkoop van eigen aandelen,²⁴ werpt het Bundesgericht de vraag op of de ongeldigheid van de obligatoire titel ook de ongeldigheid van de overdracht meebrengt. Het Bundesgericht stelt dat de eigendom

18 Zie Dölemeyer, in: Coing, *EP* III.2, p. 1986. Artikelen uit het Obligationenrecht van 1883 zijn met 'aOR' aangeduid, ter onderscheiding van artikelen uit het wetboek van 1912 ('OR').

19 'Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (Vom 27.11.1879),' *Schweizerisches Bundesblatt* 32-I (1880), p. 149–232.

20 'Botschaft des Bundesrathes an die hohe Bundesversammlung zu einem Gesetzentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht (Vom 27.11.1879),' *Schweizerisches Bundesblatt* 32-I (1880), p. 199–208. Ook het 'Bericht der ständerätlichen Kommission,' *Schweizerisches Bundesblatt* 32-III (1880), p. 149–79 en het 'Bericht der nationalrätlichen Kommission,' *Schweizerisches Bundesblatt* 33-I (1881), p. 153–93, bieden geen uitkomst.

21 De eigendomsoverdracht van onroerende zaken werd nog aan de kantons overgelaten; zie art. 10 aOR: 'Das kantonale Recht bestimmt die Form des Schenkungen sowie der Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen.'

22 Art. 199 aOR.

23 Bundesgericht 3 juli 1903 (*Konkursmasse der Schweizerischen Phonoskope- und Automatenwerke, A.G./Genossenschaft Panoptikum*), BGE 34 II 812, gepubliceerd in: *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung* 2 (1903), nr. 260, p. 321–22; *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins und Monatsblatt für bernische Rechtsprechung* 39 (1903), nr. 24, p. 734.

24 Art. 628 en 670 aOR.

overgaat 'ohne Rücksicht auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit des obligatorischen Veräußerungsgeschäftes.' Onder verwijzing naar de 'für das gemeine Recht weitaus überwiegenden Lehre', naar de werken van Dernburg en Windscheid, en naar het inmiddels in werking getreden BGB, oordeelt het Bundesgericht dat 'ein Irrtum über die Gültigkeit des Veräußerungsgeschäftes' niet aan overdracht in de weg staat, zolang partijen maar de wil hebben om eigendom over te dragen. Nu de eiser niet kan revindiceren, dient hij gebruik te maken van de *condictio*. Hoewel het Bundesgericht de *condictiones* niet noemt, zodat niet duidelijk is of de abstracte leer direct op het bestaan van de *condictiones* is gebaseerd, maken de verwijzingen naar de literatuur der Pandektisten duidelijk dat dit wel indirect het geval was.

Ook wat betreft de *condictiones* volgde het Obligationenrecht de Duitse rechtsontwikkeling. De *condictio* werd, net zoals in het Duitse recht, opgenomen als een algemene aanspraak tot ongedaanmaking van een ongerechtvaardigde verrijking,²⁵ die vervolgens was uitgewerkt in artikelen die een codificatie vormden van de Romeinsrechtelijke *condictiones sine causa*,²⁶ *indebiti*,²⁷ en *ob turpem causam*.²⁸

Dat deze verrijkingsrechtelijke bepalingen sterk waren beïnvloed door de geschriften van de Pandektisten, blijkt uit de toelichting die Paul Friedrich von Wyss (1844–1888), één van de bewerkers van het ontwerp uit 1877, bezorgde op het nieuwe wetboek.²⁹ Von Wyss schrijft in zijn *Motive* bij het wetboek: 'Nun herrscht seit Witte's und Windscheid's, in dieser Materie massgebenden, Ausführungen wo[h]l kein ernstlicher Zweifel mehr darüber, dass schon den römischen Condiktionen sine causa wirklich der gemeinsame Verpflichtungsgrund der ungerechtfertigten Bereicherungen unterliegt und kein anderer. [...] Windscheids klassische Ausführungen über das Fundament der römischen Bereicherungsklagen [...] haben für dieses Verfahren den Weg gezeichnet.'³⁰

Na aanvaarding van de abstracte leer door het Bundesgericht in 1903 ging het debat over het titelvereiste in de literatuur onverminderd door, ook na invoering van het Zivilgesetzbuch in 1912. Het ZGB stelde immers, evenals het oude OR, met betrekking tot de eigendomsoverdracht van roerende

25 Art. 70 aOR: 'Wer ohne rechtmässigen Grund aus dem Vermögen eines Andern bereichert wurde, ist zur Rückerstattung verpflichtet.' Vanaf 1912 luidde art. 62, lid 1 OR in bijna dezelfde bewoordingen: 'Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten.'

26 Art. 71 aOR; art. 62, lid 2 OR.

27 Art. 72 aOR; art. 63 OR, waarvan het eerste lid luidt: 'Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat.'

28 Art. 75 aOR; art. 66 OR.

29 De bepalingen over het verrijkingsrecht uit het ontwerp van 1877 vertoonden overigens een grote overeenkomst met de bepalingen die in 1883 werden gecodificeerd; zie Dölemeyer, in: Coing, *EP* III.2, p. 1978.

30 Von Wyss, *Motive*, p. 9–10, onder verwijzing naar Windscheid, II, § 421–29.

zaken slechts de eis dat het bezit moest zijn verschaft,³¹ maar liet het titelvereiste onbesproken. Voor de eigendomsoverdracht van *onroerende* zaken stelde het wetboek de eis van een obligatoir geldige titel.³² De lacune van de invulling van het titelvereiste voor roerende zaken gaf zowel aanleiding tot de stelling dat het causale stelsel *per analogiam* ook gold voor roerende zaken,³³ als tot de stelling dat het causale stelsel *a contrario* niet gold voor roerende zaken, zodat voor roerende zaken nog de abstracte leer zou gelden.³⁴ Het feit dat Eugen Huber (1849–1923), de ontwerper van het ZGB, in zijn opmerkingen voor de Nationalrat niet op deze vraag is ingegaan, duidt er inderdaad op dat hem, wat betreft roerende zaken, nog steeds een abstract stelsel voor ogen stond.³⁵

Gezien deze onduidelijkheid kon in de Zwitserse literatuur van het begin van de twintigste eeuw zowel de causale als de abstracte opvatting op aanhang rekenen. In dit debat was ook een rol weggelegd voor de *condictio*. Niet alleen de voorstanders van het abstracte stelsel, maar ook die van een causaal stelsel, gingen hierbij uit van de wederzijdse exclusiviteit van de *rei vindicatio* en de *condictio*. Het eerste wekt geen verbazing: het betreft een versie van het aloude argument van de glosse ‘Iusta causa,’ dat in Zwitserland door Andreas von Tuhr naar voren is gebracht.³⁶ Opvallend is echter dat ook Otto Eger, één van de auteurs die de causale leer verdedigen, dit principe onderschrijft. Eger gaat in het *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* in op het traditionele argument voor het abstracte stelsel – het bestaan der *condictiones*. Dit is een argument dat Eger, wanneer hij schrijft over de overdracht van roerende zaken, beschouwt als ‘ein nicht zu unterschätzendes Bedenken gegen die objektiv-kausale Gestaltung der Eigentumsübertragung an Fahrnis.’³⁷

31 Art. 714, lid 1 ZGB.

32 Art. 974, lid 2 ZGB.

33 De causale opvatting werd verdedigd door Strohal, LZ 3, k. 614; Wieland, *Sachenrecht*, Art. 714 ZGB, nr. 3; Eger, ZSR 33, p. 338.

34 De abstracte leer werd verdedigd door Hafner, *Obligationenrecht*, Art. 199 aOR, nr. 4e; Leemann, *Sachenrecht*, Art. 714, nr. 18 en Von Tuhr, ZSR 40, p. 68. Zie voor een overzicht van de argumenten voor beide opvattingen: Weiss & Wolfer, *Sammlung* III, p. 200.

35 Nationalrat, *Amtliches stenographisches Bulletin der schweizerischen Bundesversammlung* XVI (1906), Art. 700–19, ‘Das Fahrniseigentum,’ p. 565. Ook andere documenten ter voorbereiding van het ZGB geven helaas geen uitsluitsel over de intentie van de wetgever; zie Huber, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements. Band II*, Bern: (1902¹) 1914², p. 118–20 (opgenomen in Reber & Hurni, *Materialien* II, p. 594–95). Ook de *Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903* (Reber & Hurni, *Materialien* III, p. 918), en de ‘Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch (Vom 28.5.1904),’ *Schweizerisches Bundesblatt* 56–IV (1904), p. 68, bieden geen inzicht in een discussie omtrent het titelvereiste.

36 Von Tuhr, ZSR 40, p. 69, stelt: ‘Wäre die Tradition abhängig von ihrem Rechtsgrunde, so hätte der Empfänger kein Eigentum erworben und wäre nicht bereichert. Es gäbe daher keine cond. indebiti für Mobilien, wie es zweifellos für Grundstücke seit dem ZGB keine cond. indebiti gibt.’ De *condictio indebiti* van art. 63 OR zou in dat geval ‘ganz ohne Anwendungsgebiet’ zijn geweest.

37 Eger, ZSR 33, p. 348.

Dit bezwaar kan volgens Eger echter worden weggenomen, nu ook in een causaal stelsel de verrijkingsvordering zijn functie behoudt, bijvoorbeeld in het geval de vermogensverschuiving op originele wijze is opgetreden.³⁸ Wanneer levering plaatsvindt zonder geldige titel, dan kan de vermogensverschuiving zich dus op een later moment voordoen, bijvoorbeeld door vermenging of door doorlevering aan een derde-verkrijger te goeder trouw.³⁹ Eger geeft dan ook toe dat handhaving van de ‘traditionele’ opvatting over de *condictio* bij aanvaarding van het causale stelsel van eigendomsoverdracht, leidt tot een kleiner toepassingsgebied van de *condictio*.⁴⁰

Het betoog van Eger is van invloed geweest op de beslissing waarin het Bundesgericht in 1929 de causale leer aanvaardt. Het Bundesgericht, dat overigens regelmatig naar argumenten uit de literatuur verwijst, neemt zowel het betoog van Von Tuhr voor het abstracte stelsel als het betoog van Eger voor het causale stelsel in overweging. Het Bundesgericht is niet overtuigd door het argument van Von Tuhr dat de *condictio indebiti*⁴¹ geen toepassingsgebied meer zou hebben in een causaal stelsel:

‘Schlüssig ist auch nicht der Hinweis darauf, dass der in Art. 63 OR vorgesehene *condictio indebiti* das Anwendungsgebiet entzogen wäre, sobald im dort geregelten Fall angenommen würde, der Empfänger erlange durch die Zahlung nicht das Eigentum an den Zahlungsmitteln (wie Von Tuhr [ZSR 40, p. 68 sq.] meint).’⁴²

Von Tuhr had met dit tegenargument rekening gehouden. De *condictio indebiti* zou volgens hem slechts van toepassing zijn wanneer de accipiënt door de *betaling* was verrijkt. Von Tuhr erkent dat de accipiënt zich in veel gevallen toch zal hebben verrijkt, bijvoorbeeld door de onverschuldigd betaalde zaak te verbruiken, of door deze op originele wijze in eigendom te verkrijgen, maar nu de eigendom in een causaal stelsel niet door de *betaling* overgaat, zou de *condictio indebiti* in zo’n stelsel wel degelijk overbodig zijn. Nu de wetgever van het Obligationenrecht en het Zivilgesetzbuch in 1912 zich bewust moest zijn geweest van de samenhang tussen de eigendomsoverdracht en de *condictiones*, zou men volgens Von Tuhr aan de codificatie van de *condictio indebiti* in art. 63 OR wel degelijk consequenties kunnen verbinden voor het titelvereiste.⁴³ Het Bundesgericht verwierpt ook dit betoog; de gecodifi-

38 Dit doet zich bijvoorbeeld voor in het geval waarin zonder reden op andermans grond is gebouwd: hier is sprake van een vermogensverschuiving door natrekking; zie art. 671, lid 1 ZGB. Zie dit argument op p. 101, n. 21.

39 Op grond van art. 714, lid 2 ZGB wordt de derde-verkrijger in dit geval tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermd.

40 Eger, ZSR 33, p. 350: het causale stelsel geldt ‘[...] selbst wenn die Konditionen bei objektiv-kausaler Tradition ein beschränkteres Anwendungsgebiet erhalten sollten als das ihnen ursprünglich zuge dachte.’

41 Zie art. 63 OR, *supra*, n. 27.

42 Bundesgericht 29 november 1929 (*Grimm/Konkursmasse Näf*), BGE 55 II 302, op p. 308.

43 Von Tuhr, ZSR 40, p. 69–71.

ceerde *condictio* van art. 63 OR zou eveneens van toepassing zijn wanneer de accipiënt niet door de betaling, maar bijvoorbeeld later door vermenging is verrijkt.⁴⁴ Bovendien zou het argument dat de wetgever zich van de samenhang met de *condictiones* bewust moest zijn geweest, niet opgaan, nu de *condictiones* uit het oude Obligationenrecht waren overgenomen.⁴⁵ Het bestaan van de *condictio indebiti* is volgens het Bundesgericht dus geen belemmering voor het aannemen van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht voor roerende zaken. Dit stelsel wordt aanvaard zonder afbreuk te doen aan het beginsel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht.

§ 4.2.3 *Condictio* en *rei vindicatio* in het Zwitserse recht

Waar de solvent in een abstract stelsel slechts de beschikking zal hebben over de *condictio*, is de solvent in een causaal stelsel, zoals het Zwitserse, eigenaar gebleven in het geval hij een onverschuldigde betaling heeft verricht.⁴⁶ Het abstracte stelsel vergroot dus het toepassingsbereik van de *condictio* ten koste van de *rei vindicatio*. De omgekeerde stelling dat het causale stelsel het toepassingsbereik van de *rei vindicatio* ten koste van de *condictio* vergroot, is slechts juist wanneer men de *condictio* en de *rei vindicatio* als wederzijds uitsluitende vorderingen beschouwt. Een causaal stelsel is dus, zoals gezegd, ideaal om de functie van de *condictio* te testen. De vraag rijst dan ook hoe de samenloop tussen beide vorderingen in de Zwitserse literatuur en jurisprudentie is opgevat. Uit het handboek van Von Tuhr, in de bewerking van Peter uit 1979, blijkt de aanvaarding van het causale stelsel inderdaad te hebben geleid tot afwijzing van de *condictio* in de, nu talrijke, gevallen waarin de *rei vindicatio* mogelijk is. In geval van onverschuldigde betaling zal de tradent kunnen revindiceren, en niet condiceren:

‘Solange die grundlos übertragene Sache sich noch im Besitz des Empfängers befindet und deshalb *in natura* zurückgegeben werden kann, bildet sie den Gegenstand einer Vindikation, nicht einer Kondiktion, weil der Empfänger gar nicht Eigentümer geworden ist. Nur wenn die Sache vom Empfänger weiterveräußert, zerstört, verbraucht oder beschädigt wurde, tritt an die Stelle des Eigentumsanspruchs (oder neben ihn) ein auf Wertersatz (Geldersatz) gerichteter Bereicherungsanspruch.’⁴⁷

44 BGE 55 II 308; het Bundesgericht verwijst naar Eger, ZSR 33, p. 351.

45 Dit is waar: uit niets blijkt dat de wetgever van het ZGB en de revisie van het OR aandacht heeft geschonken aan de kwestie van de titel van eigendomsoverdracht van roerende zaken, laat staan aan de rol van de *condictiones* in dit verband, *supra*, n. 31.

46 Zie ook Zimmermann, *Obligations*, p. 867.

47 Von Tuhr/Peter, I, p. 502. Deze passage kwam nog niet voor in Von Tuhr/Sieggart, I, p. 420, uit 1942.

Pas wanneer de *rei vindicatio* is weggefallen, is er ruimte voor een *condictio*:

‘Ebenso ist durch das Bestehen einer Vindikation ein Bereicherungsanspruch begrifflich ausgeschlossen. Ist die von A an B grundlos übergebene Sache im Eigentum des A verblieben, so ist B nicht um den Wert der Sache, die nicht in sein Vermögen übergegangen ist, bereichert. Wenn A die Sache zurückverlangt, so ist der Eigentumsanspruch erhoben, nicht eine Bereicherungsklage. Das ist insbesondere der Fall, wenn ein *sine causa* veräußertes Grundstück zurückverlangt wird. Erst wenn B die grundlos erhaltene Sache verbraucht oder wirksam weiterveräußert hat, tritt an Stelle der Vindikation ein Bereicherungsanspruch.’⁴⁸

De *condictio* en de *rei vindicatio* zijn dus, in overeenstemming met de gemeenrechtelijke leer, te beschouwen als twee vorderingen die elkaar uitsluiten.⁴⁹ De meeste auteurs delen deze opvatting.⁵⁰ Er blijkt echter onenigheid te bestaan over de *reden* van deze wederzijdse exclusiviteit. Men kan deze verhouding immers op verschillende wijzen verklaren. Volgens een eerste verklaring is een eiser aan wie de *rei vindicatio* ter beschikking staat niet verarmd, en is de gedaagde, die nog passief gelegitimeerd is tot de *rei vindicatio*, niet verrijkt, zodat aan de voorwaarden voor toepassing van de verrijkingsvordering niet is voldaan. Pas op het moment dat de *rei vindicatio* is weggefallen, en de eiser ‘entreichert’ is, is de verrijkingsvordering van toepassing.⁵¹ Volgens een andere verklaring ontstaat de verrijkingsvordering wel direct op het moment van de onverschuldigde betaling, ook wanneer daarnaast de *rei vindicatio* nog aan de eiser ter beschikking staat, maar is de verrijkingsvordering krachteloos zolang deze *rei vindicatio* nog kan worden ingesteld. In dit geval heeft de *condictio* een subsidiair karakter: men kan de verrijkingsvordering slechts instellen wanneer men alle andere opties die het recht biedt, heeft uitgeput. In beide gevallen is samenloop tussen de *rei vindicatio* en *condictio* uitgesloten, zij het dat hier in het eerste geval een materiële reden aan ten grondslag ligt – de opvatting over hetgeen de *condictio* beoogt – en in het tweede geval een processuele regel – het idee dat de *condictio*, als ‘letztes Aushilfsmittel,’⁵² slechts subsidiair van toepassing is. Men

48 Von Tuhr/Peter, I, p. 521. Deze passage is niet gewijzigd ten opzichte van Von Tuhr/Sieghart, I, p. 433. In gelijke zin Hafner, *Obligationenrecht*, Art. 70, n. 3.: ‘Die Bereicherungsklagen sind nicht statthaft, wo die Vertragsklage oder die Eigentumsklage möglich ist [...]’.

49 De geciteerde zin is mogelijk zelfs iets te stellig, omdat die geen ruimte laat voor toepassing van de *condictio possessionis*.

50 Zie Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Vorbemerkungen zu Art. 62–67, nr. 2, p. 426; Becker, *Obligationenrecht* I, Art. 62, Anm. II,1; Schwenger, *Obligationenrecht*, nr. 59.03; Schulin, in: *BSK. OR I*, Art. 62, nr. 37.

51 Schneider & Fick, *Obligationenrecht*, p. 175; Keller & Schaufelberger, *Bereicherung*, p. 6: ‘Ein Bereicherungsanspruch dagegen kommt diesfalls deswegen nicht in Betracht, weil der unselbständige Besitzer [...] überhaupt nicht bereichert ist, solange er an der Sache nicht das Eigentum erlangt und damit zum selbständigen Besitzer wird [...]’ Zie ook Köbl, *EBV*, p. 201, n. 8.

52 Schmitt, *Subsidiarität*, p. 119.

merke evenwel op dat de term subsidiariteit soms ook wordt gebruikt ter aanduiding van de eerste situatie,⁵³ maar dat het preciezer is om alleen in het kader van de laatste verklaring van de subsidiariteit van rechtsvorderingen te spreken.⁵⁴ Van subsidiariteit van vorderingen is dus sprake als aan de toepassingsvoorwaarden van beide vorderingen is voldaan, maar deze vorderingen in een verplichte volgorde moeten worden ingesteld.⁵⁵ Deze situatie doet zich niet voor wanneer het wegvallen van een vordering voorwaarde is voor het *ontstaan* van een andere vordering.⁵⁶

Op welke wijze karakteriseert de rechtspraak de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*? In een beslissing uit 1893 gaat het Bundesgericht in op de verhouding tussen beide acties.⁵⁷

Carolina Laad, de eiseres, stelde dat zij van haar tante, Rosa Ulrich-Baldus, een 'Kapitalbrief,' een obligatie, gecedeerd had gekregen tegen een prijs van 10.000 Zwitserse Franken, die zij had voldaan. De 'Kapitalbrief' was echter in handen van mevrouw Ulrich gebleven. Ondanks het feit dat de voor overdracht vereiste levering niet had plaatsgevonden,⁵⁸ werd mevrouw Laad als rechthebbende van de obligatie aangezien. Toen mevrouw Ulrich de obligatie immers trachtte te verpanden aan de Sparkasse verwittigde de 'Pfandschätzer' haar dat de obligatie niet meer aan haar maar aan mevrouw Laad toebehoorde, waarop alsnog

53 Zie Guhl/Merz/Koller, *Obligationenrecht*, p. 204: 'Die ungerechtfertigte Bereicherung ist insofern *subsidiärer* Entstehungsgrund für die Obligation, als schon durch die Umschreibung der Voraussetzungen dafür gesorgt ist, dass ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht entstehen kann, solange eine Forderung aus Eigentum, aus Vertrag oder aus unerlaubter Handlung begründbar ist.' Zie ook Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Vorbemerkungen zu Art. 62–67, nr. 2, p. 426: 'Die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung – im Anschluß an das Römische Recht spricht man von einem Kondiktionsanspruch, einer *condictio* – hat regelmäßig gegenüber den übrigen einen subsidiären Charakter. Sie wird angehoben, wenn die Voraussetzungen zur Vertrags- oder Deliktssklagen fehlen. Bestehen letztere, oder ist eine andere Klage (*wie aus dinglichem Recht* [cur-sivering toegevoegd]) möglich, so liegt neben der Klage auf [...] Herstellung eines dem dinglichen Recht etc. entsprechenden Zustandes nicht noch ein Bereicherungsanspruch vor, denn das Vorhandensein eines Anspruches auf Herausgabe einer Sache [...] läßt keinen Raum für die Bereicherung in der Person des Verpflichteten.'

54 In de eerstbedoelde verhouding spreekt Schmitt, *Subsidiarität*, p. 119, in eerste instantie weliswaar van 'absolute Subsidiarität,' maar op p. 121 stelt hij over deze leer dat er geen sprake is van echte subsidiariteit. De reden daarvoor is: 'der Bereicherungsanspruch tritt nicht hinter anderen Normen zurück, sondern er wird vielmehr in dem Sinne als "ausgeschlossen" betrachtet, daß die *tatbestandlichen* Voraussetzungen beim Bestehen anderer Ansprüche nicht gegeben sind.'

55 Nietlispach, *Gewinnherausgabe*, p. 378: 'Der Begriff "Subsidiarität" besagt m.a.W., dass für die Geltendmachung verschiedener *bestehender* Ansprüche eine bestimmte Reihenfolge vorgeschrieben wird.'

56 Keller & Schaufelberger, *Bereicherung*, p. 5. Zie over de subsidiariteit van de verrijkingsvordering in het Zwitsers recht: Schmitt, *Subsidiarität*, p. 118–26; Drakidis, *RTD civ.* 59, p. 610–11.

57 Bundesgericht 17 maart 1893 (*Laad/Erben Ulrich*), BGE 19, nr. 49, p. 300–305.

58 Art. 199 aOR, *supra*, n. 22.

de toestemming van mevrouw Laad werd verkregen. Nadat mevrouw Ulrich was komen te overlijden, nadat ook haar zoon, Josef Ulrich, was overleden, en vervolgens ook diens vader was overleden, sprak mevrouw Laad de erfgenamen van de vader, die de obligatie in bezit hadden, aan tot terugbetaling van de koopprijs van 10.000 Franken, onder andere op grond van ongerechtvaardigde verrijking.⁵⁹ Het kantongerecht Schwyz wijst erop dat mevrouw Laad, nu de obligatie nog voorhanden was, 'herausgabe in natura' had moeten eisen, en overweegt: 'Erst wenn die Vindikation überhaupt unmöglich wäre, könnte, falls nicht ein Scheingeschäft vorliege, auf Restitution des Kaufpreises geklagt werden.' Hieruit blijkt dat het kantongerecht de *rei vindicatio* en de verrijkingsvordering (de *condictio*) als wederzijds exclusief beschouwt. Het kantongerecht overweegt vervolgens dat mevrouw Ulrich handelingsonbekwaam was geweest, en dat de cessie ongeldig was geweest. Ook onder het abstracte stelsel dat toen nog werd aanvaard, zou er geen eigendom zijn overgegaan. Een verrijkingsactie tot restitutie van de koopprijs zou daarom in principe geoorloofd zijn, ook al zou deze gelimiteerd worden tot de 20 Franken die nog van de erfenis van mevrouw Ulrich resteerden.⁶⁰ Nu er echter geen bewijs van betaling was, en een eerdere cessie aan de notaris Borell, de vader van mevrouw Laad, in rechte ook al als 'Scheingeschäft' was aangemerkt, gaat het kantongerecht ervan uit dat mevrouw Ulrich haar erfgenamen door middel van een 'Schenkung auf Ableben'⁶¹ had willen benadelen, nu het voor hen resterende erfdeel geringer in omvang zou zijn. Het Bundesgericht gaat in op de stelling van het kantongerecht dat de obligatie, als deze nog voorhanden zou zijn, met de *rei vindicatio* opgeëist had moeten worden. Dit is onjuist, nu mevrouw Laad zich op het standpunt had gesteld dat de cessie niet rechtsgeldig was. Het Bundesgericht overweegt: 'Die Klage ist nicht eine Vindikations- oder Vertragsklage, sondern eine Bereicherungsklage, und als solche gewiß vollkommen statthaft; sie ist auch nach eidgenössischem Rechte zu beurteilen.' Het Bundesgericht wijst deze verrijkingsvordering af omdat uit de door het kantongerecht vastgestelde feiten volgt dat er geen betaling heeft plaatsgevonden.

Zowel het Kantongericht Schwyz als het Bundesgericht maakt een onderscheid tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* ('Bereicherungsklage'), in die zin dat van een verrijkingsvordering pas sprake kan zijn als de *rei vindicatio* is uitgesloten. Hoewel er bij het kantongerecht enige onduidelijkheid bestaat over de vraag of de eiser eigenaar pretendeert te zijn van de obligatie – dit beweert zij niet, en daarom stelt het Bundesgericht dat beoordeeld moet worden of de verrijkingsvordering van toepassing is – is het duidelijk dat beide gerechten van oordeel zijn dat als de eiser eigenaar is van de zaak die zich onder de gedaagde bevindt, de *rei vindicatio*, en niet de *condictio*, moet worden ingesteld. In de literatuur wordt deze uitspraak aangehaald als voorbeeld van de subsidiariteit van de verrijkingsvordering ten opzichte

59 Art. 70 aOR, *supra*, n. 25.

60 Op grond van art. 73 aOR, *cf.* nu art. 64 OR.

61 Een 'Schenkung auf den Todesfall' zoals het Bundesgericht het uitdrukt; het gaat om de *donatio mortis causa*, *supra*, p. 91, n. 453.

van de *rei vindicatio*.⁶² Hierbij blijft echter in het midden in welke zin het subsidiariteitsbeginsel dient te worden opgevat; ontstaat de *condictio* pas na het wegvallen van de *rei vindicatio*, of is aan de voorwaarden voor toepassing van de *condictio* wel voldaan, maar treedt deze actie terug zolang de *rei vindicatio* nog ter beschikking staat? Gezien de aansluiting die gezocht wordt bij het gemeenrechtelijke beginsel dat *rei vindicatio* en *condictio* elkaar uitsluiten,⁶³ ligt de eerste optie voor de hand.

Ook in een uitspraak uit 1984 neemt het Bundesgericht het beginsel van de subsidiariteit tot uitgangspunt:⁶⁴

In deze zaak stellen S. en H. een claim te hebben op de nalatenschap van mevrouw E., en stellen zij een 'Herabsetzungsklage' in, een actie die ertoe strekt een donatie ('Zuwendung') van 12 miljoen Frank die mevrouw E. had verricht aan N., te verlagen. Het Zivilgericht en het Appellationsgericht kenden aan S. en H. een aanspraak op de nalatenschap van N. toe, maar de vertegenwoordiger van deze nalatenschap komt hiertegen bij het Bundesgericht in beroep. Het Bundesgericht overweegt dat deze 'Herabsetzungsklage' een verbintenisrechtelijke aanspraak is tot 'Wiederherstellung der Pflichtteile' en kan worden gecontrasteerd met de zakelijke 'Erbschaftsklage,' een actie die een 'der Eigentumsklage nachgebildete Vindikation' is. Het Bundesgericht overweegt vervolgens: 'Freilich wurde früher bezüglich des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung gelehrt, es sei das Empfangene, soweit in natura noch vorhanden, zurückzugeben.' In het kader van deze 'vroegere' opvatting verwijst het Bundesgericht naar het handboek van Oser.⁶⁵ Tegenwoordig zou evenwel een andere opvatting gelden. 'Mit Recht weisen indessen u.a. Guhl/Merz/Kummer [...] und Von Tuhr/Peter [...] darauf hin, dass wenn die Sache beim Bereicherten noch vorhanden ist, die Vindikations- und nicht die Bereicherungsklage Platz greife.' De 'Herabsetzungsklage' is dan ook 'keine (dingliche) Aussonderungsklage.'⁶⁶

62 Ook volgens Eger, ZSR 33, p. 351, onderschrijft het Bundesgericht in deze uitspraak de 'im gemeinen Recht herrschende Grundsatz [...] dass rei vindicatio und condictio nicht gleichzeitig zustehen können.' Eger schrijft daarom: '[Das Bundesgericht] hält an der Subsidiarität der Bereicherungsklage wie gegenüber der Vertragsklage, so auch gegenüber der Eigentumsklage fest.' Ook Aebli, *Bereicherung*, p. 12, n. 21, verwijst naar deze uitspraak. Ook in BGE 45 II 533, 541 (aangehaald door Schmitt, *Subsidiarität*, p. 121, n. 12), stelt het Bundesgericht: 'Dazu kommt, dass die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung nur subsidiärer Natur sind [...].'

63 Zoals door Eger, ZSR 33, p. 351.

64 Bundesgericht 7 juni 1984 (*Unverteilter Nachlass des N./S. und Erben der H.*), BGE 110 II 228, 234.

65 Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Art. 64, n. 2, p. 440: 'Grundsätzlich ist das Empfangene selbst zu restituieren. [...] Ist eine Herausgabe des Erlangten *in natura* infolge von dessen Beschaffenheit ausgeschlossen (z.B. bei Gebrauchsüberlassung oder Diensten), so tritt der Geldwert an die Stelle.'

66 BGE 110 II 228, 234. Zie de passages bij Guhl/Merz/Koller, *supra*, n. 53 (in de 8^e druk; het Bundesgericht verwijst naar de 7^e druk), en Von Tuhr/Peter, *supra*, n. 47.

Uit deze uitspraak blijkt de werking van een regel van subsidiariteit in een causaal stelsel. Wanneer de eiser nog kan revindiceren, moet hij ook revindiceren en is de verrijkingsvordering niet van toepassing. In eerste instantie lijkt deze uitspraak niet te verschillen van de eerder besproken uitspraak van bijna een eeuw eerder. Toch dienen hierbij twee kanttekeningen te worden geplaatst. De eerste heeft betrekking op de ontwikkeling die door het Bundesgericht wordt weergegeven. Het Bundesgericht stelt dat de 'vroegere' opvatting van Oser (naar wiens handboek in de bewerking van Schönenberger uit 1929 het Bundesgericht verwijst), inhield dat als de zaak bij de ontvanger nog *in natura* aanwezig is, met de verrijkingsvordering teruggave van deze zaak kan worden geëist, maar dat tegenwoordig de opvatting ingang heeft gevonden dat deze verrijkingsvordering wordt achtergesteld bij de *rei vindicatio*, wanneer deze nog mogelijk is. Oorspronkelijk zou samenloop dus mogelijk zijn geweest, zo wekt het Bundesgericht de indruk, terwijl later de strikte leer werd aanvaard waarbij beide acties in een verplichte volgorde moesten worden ingesteld. Het kan evenwel worden betwijfeld of deze ontwikkeling zo heeft plaatsgevonden. Hoewel de wederzijds uitsluitende verhouding waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* staan inderdaad bij Guhl en Von Tuhr⁶⁷ het duidelijkst wordt verwoord, stelt ook Oser dat de *condictio* slechts van toepassing is als aan de voorwaarden voor toepassing van de *rei vindicatio* niet is voldaan.⁶⁸ Van een echte 'ontwikkeling' waarbij de *rei vindicatio* en de *condictio* eerst concurreren, en later in een exclusieve verhouding staan, is dus geen sprake.

Ten tweede is het opvallend dat het Bundesgericht spreekt van de *verrijkte* persoon bij wie de zaak nog voorhanden is en die met de *rei vindicatio* kan worden aangesproken. Op grond van de geciteerde passage in het handboek van Von Tuhr⁶⁹ leek de reden voor de wederzijds exclusieve verhouding van de *rei vindicatio* en de *condictio* nu juist gelegen te zijn in het feit dat als de tradent nog eigenaar was, zich bij de accipiënt geen verrijking kon hebben voorgedaan, en dat pas na het wegvallen van de *rei vindicatio* aan de voorwaarden voor een verrijkingsactie was voldaan. Maar hier stelt het Bundesgericht dat in de situatie waarin de zaak 'beim Bereicherten noch vorhanden' is de *rei vindicatio*, maar geen verrijkingsactie kan worden ingesteld. Het Bundesgericht legt het verrijkingsbegrip dus ruim uit, maar wijst de verrijkingsvordering af zolang de *rei vindicatio* nog beschikbaar is. Hier heb-

67 De geciteerde passage van Von Tuhr in de bewerking van Peter uit 1979 kwam inderdaad niet voor in de bewerking van Siegwart uit 1942, maar hieruit volgt nog niet dat er een striktere leer is aangenomen, *supra*, n. 47.

68 Zie de *supra*, n. 53, geciteerde passage over de 'subsidiariteit' van de verrijkingsvordering. Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Vorbemerkungen zu Art. 62–67, nr. 3, p. 427, stellen: 'Wo also eine dingliche Klage möglich ist aus demselben Tatbestand wie die Bereicherungsklage (z.B. das Rechtsgeschäft ist nichtig wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, weshalb dem Hingebenden die Eigentumsklage zusteht [...]), da ist jene regelmäßig vorzuziehen.' Reeds Oser, *Obligationenrecht*, p. 250 (de eerste druk uit 1915), laat de zakelijke actie voorgaan boven de verrijkingsvordering.

69 *Supra*, n. 48.

ben wij dus van doen met de situatie dat aan de voorwaarden voor toepassing van beide vorderingen is voldaan – wat betreft de *rei vindicatio* berust de eigendom bij de tradent, wat betreft de *condictio* heeft zich bij de accipient een verrijking voorgedaan – maar deze vorderingen in een verplichte volgorde ingesteld moeten worden en dus in een echte subsidiaire verhouding staan.⁷⁰ Impliciet zet het Bundesgericht zo een stap in de richting naar samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*.⁷¹ Het subsidiariteitsbeginsel staat er weliswaar aan in de weg dat een eiser de keuze heeft tussen beide vorderingen, maar door de ruime uitleg van het verrijkingsbegrip rijst wel de vraag wat rechtens is in de situatie waarin beide acties aan verschillende eisers toekomen. Ter verklaring van deze uitbreiding van het verrijkingsbegrip keren wij terug naar het Duitse recht.

§ 4.3 BRUNS EN DE CONDUCTIO POSSESSIONIS

§ 4.3.1 Inleiding

Ondanks het feit dat in het *ius commune* de mogelijkheid om ook het bezit van een zaak te condiceren algemeen werd erkend,⁷² is de aanvaarding van de *condictio possessionis* in het Duitse recht niet vanzelf gegaan. Hierbij zijn de twee Berlijnse hoogleraren Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) en Karl Georg Bruns (1816–1880) van betekenis geweest. Beiden oefenden invloed uit op de totstandkoming van het Bürgerliches Gesetzbuch, maar verschilden van mening over de reikwijdte van de *condictio possessionis*. Zowel Savigny als Bruns zijn invloedrijk geweest bij de ontwikkeling van de bezitsleer in de Duitse negentiende-eeuwse rechtsgeleerdheid. Savigny was de grondlegger van de Historische School⁷³ en publiceerde reeds in 1803 *Das Recht des Besitzes*, en Bruns schreef als hoogleraar in Tübingen in

70 Reeds Schmitt, *Subsidiarität*, p. 122, stelt in 1969, ruim voor deze uitspraak, dat niet steeds duidelijk is in welke zin het Bundesgericht het subsidiariteitsbeginsel opvat, en of het Bundesgericht de verrijkingsvordering aan een eiser ontzegt ‘weil es dann an einer Bereicherung fehle (also der Tatbestand des Bereicherungsanspruch nicht vorliege),’ of omdat ‘der Bereicherungsanspruch ausgeschlossen ist, weil er nur ein letztes Aushilfsmittel darstellt und auf Grund dieser besonderen Funktion mit anderen Ansprüchen nicht konkurrieren kann.’ De hier besproken uitspraak uit 1984 lijkt evenwel het punt te markeren waarop het Bundesgericht overstapt van de eerste naar de tweede opvatting van het subsidiariteitsbeginsel.

71 Bij nauwkeurige lezing van het citaat van Oser & Schönenberger, *supra*, n. 68, blijkt deze subsidiaire visie reeds in dit handboek te worden verdedigd; hier is immers sprake van eenzelfde ‘Tatbestand’ die tot beschikbaarheid van zowel de ‘Bereicherungsklage’ als de ‘Eigentumsklage’ heeft geleid, maar waarbij de eerste actie ‘regelmäßig’ is uitgesloten, als de tweede nog mogelijk is.

72 Zie § 3.2.4, *supra*, p. 109.

73 De Historische School beschouwt het recht als een op organische wijze gegroeid historisch verschijnsel. De juristen die tot deze school behoorden en het geldende Romeinse recht op systematische wijze bestudeerden, worden pandektisten genoemd; zie Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 303–307, 316–318; Brandsma, *AA* 58, p. 417–20.

1848 *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, een uitgebreide rechtsvergelijkende studie over het bezit, waarin, naast het Romeinse recht en het recht van de glossatoren, onder andere ook het canonieke recht aan bod kwam. Als hoogleraar in Berlijn⁷⁴ kwam Bruns in 1874 op het onderwerp terug en zette hij, in *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, de toepassing van de *condictio possessionis* nader uiteen. Uiteindelijk werd op 1 januari 1900 niet de leer van Savigny, maar die van Bruns in het BGB neergelegd.

§ 4.3.2 Reikwijdte van de *condictio possessionis*

Bij de bestudering van de Romeinsrechtelijke bronnen bestond tussen Savigny en Bruns verschil van mening over de vraag of de *condictio* ook ter beschikking stond aan een eiser die niet de eigendom van een zaak wenste te verkrijgen (met de *condictio rei*), maar slechts het bezit daarvan (met de *condictio possessionis*).⁷⁵ Savigny stelt dat de *condictio* als 'Ersatz' dient voor de *rei vindicatio*: in zijn bespreking van het *mutuum* brengt hij dit het duidelijkst tot uitdrukking wanneer hij stelt dat de *rei vindicatio* en de *condictio* tot elkaar staan in een 'ausschließende, alternative Verhältniß'.⁷⁶ De *condictio* is beschikbaar, steeds wanneer het vermogen van de één ten koste van dat van de ander is vermeerderd:

'Alle diese Fälle also haben mit einander gemein die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines andern Vermögens, die entweder stets ohne Grund war, oder ihren ursprünglichen Grund verloren hat.'⁷⁷

Ook Bruns stelt dat de *condictio* is gericht op de ongedaanmaking van een 'vermogensverschuiving.' Het verschil met de leer van Savigny is evenwel gelegen in een ruimere uitleg van het begrip 'vermogen' omdat hij ook het bezit als een vermogensbestanddeel opvat en de bezitter als met dit bezit 'verrijkt' aanmerkt. Omdat ook een 'bezitsoverdracht' derhalve een 'vermogensverschuiving' is, betekende de aanvaarding van de *condictio possessionis* geen verwerping van het principe dat de *condictio* is gericht op het bewerkstelligen van een vermogensverschuiving, maar slechts een andere

74 Bruns werd in 1861 benoemd. Degenkolb, *AcP* 64, p. 438, Bruns' biograaf, schrijft over deze benoeming: 'Das letzte und höchste Ziel war damit erreicht, das Wandern hatte seinen Abschluß gefunden.'

75 Bruns contrasteert beide termen in *Das Recht des Besitzes*, p. 31.

76 Savigny, *System V*, p. 515: 'Überall also erscheint die *condictio* als der Ersatz, der anstatt der verlorenen *Vindication* eintritt, und dasselbe ausschließende, alternative Verhältniß zwischen diesen beiden Klagen findet sich auch in anderen Rechtsverhältnissen, außer dem Darlehen, wieder.' Savigny volgt hierin de aan het begin van de negentiende eeuw heersende leer; zie Glück, XIII.1, p. 183, die, onder verwijzing naar D. 7,9,12, stelt: 'Die *condictio sine causa concurrere* nicht mit der *Reivindication*, *quia nemo rem suam, nisi furi, condicere possit*.' Zie ook Schmitt, *Subsidiarität*, p. 51.

77 Savigny, *System V*, p. 525.

toepassing ervan. Zoals Bruns schrijft, gaat het slechts om 'eine Anwendung dieses Principis auf den Besitz, falls dieser als Vermögensobject aus einem Vermögen ohne Grund in ein anderes gekommen ist.'⁷⁸ Argument voor deze uitbreiding van het begrip 'vermogen' is dat het bezit van een zaak, ook al is het geen recht op de zaak, wel een vermogenswaarde vertegenwoordigt. Het bezit is 'eine Stellung von Wert'⁷⁹ en moet daarom zelfstandig gecondiceerd kunnen worden. Dit zogeheten 'Brunsschen Prinzip'⁸⁰ heeft tot erkenning van de *condictio possessionis* geleid. Dat betekent overigens niet dat het principe dat samenloop tussen *rei vindicatio* en *condictio* in principe onmogelijk was, direct werd prijsgegeven; de *condictio possessionis* werd eerder als uitzondering op dit principe beschouwd:

'Wesentlich ist stets die Bereicherung und der Mangel der causa. Eine Bereicherung ist nicht schon das einfache faktische Haben, sondern nur der Uebergang in das Vermögen, also wenn man entweder das Eigenthum der Sachen bekommen oder sie konsumirt hat. So lange der Verlierende vindizieren kann, ist er rechtlich nicht ärmer und der Andere nicht reicher. So lange Vindikation, so lange keine Kondiktion. Nur um den Besitz als solchen kann man auch ohne Eigenthum und Konsumtion bereichert sein, und darum ist denn insofern wenigstens eine *condictio possessionis* möglich.'⁸¹

De vraag rijst in welke gevallen de *condictio possessionis* beschikbaar is. Bruns stelt dat men de reikwijdte van deze actie op drie wijzen kan opvatten.⁸² De *condictio possessionis* zou ten eerste een beperkte reikwijdte kunnen hebben wanneer men deze actie uitsluitend toekent in geval van diefstal (*furtum possessionis*) of wanneer de gedaagde het bezit had verkregen op grond van een rechtshandeling die uitsluitend zag op verkrijging van dit bezit.⁸³ Een ruimere toepassing krijgt de *condictio possessionis* wanneer deze niet alleen beschikbaar wordt gesteld in deze specifieke gevallen, maar in elk geval waarin een eiser slechts het bezit had gehad, ook wanneer de tradent het bezit verloor op grond van een rechtshandeling die op eigendomsoverdracht was gericht, maar waarbij de eigendom niet overging vanwege zijn beschikkingsonbevoegdheid. Een beperking bij deze optie was echter nog gelegen in de voorwaarde dat de eiser géén eigenaar was. Het bezit wordt weliswaar gezien

78 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 187.

79 Windscheid/Kipp, I, § 161. Hoe groot die waarde is, is voorwerp van debat; zie Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 189–99.

80 Deze term vindt men bij Klinkhammer, *Besitz*, p. 15: 'Tragende Säule des Brunsschen Prinzips ist der selbständige Vermögenswert des bloßen Besitzes.'

81 Bruns in de *Holtzendorff Encyclopädie*, 4^e druk; citaat ontleend aan Bolze, *AcP* 78, p. 434; Schmitt, *Subsidiarität*, p. 58.

82 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 199.

83 Bruns geeft geen voorbeeld van zo'n rechtshandeling, maar via zijn verwijzing naar Voigt, *Ueber die conditiones ob causam*, p. 331, blijkt dat hierbij gedacht kan worden aan de twee bekende gevallen waarin in het Romeinse recht het bezit van andermans zaak kon worden gecondiceerd: de *condictio possessionis* van D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436, en van D. 39,6,13 *pr.*, *supra*, p. 91, n. 453.

als een goed dat gecondiceerd kan worden, maar aan een eiser kunnen niet zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* ter beschikking staan.⁸⁴

Volgens een derde optie verviel ook deze laatste beperking en staat de *condictio possessionis* ter beschikking van degene die het bezit heeft verloren, ongeacht de vraag of hij ook kan revindiceren: 'Der weiteste Umfang wäre, daß jeder, der Besitz gehabt und verloren hat, die Conditionen anstellen kann, ohne Rücksicht, ob er daneben auch Eigenthum hat, und ob der Verlust nur den Besitz als solchen betraf, oder das Eigenthum mit.'⁸⁵ In dit laatste geval heeft de eiser de keuze zijn actie op het verloren bezit of op zijn eigendomsrecht te baseren.⁸⁶ Bruns kiest op bewijsrechtelijke gronden voor de derde, ruimste, omvang van het toepassingsbereik van de *condictio possessionis*: 'Ich halte diese letztere Ansicht unbedingt für die richtige.'⁸⁷ Van iemand die het bezit had verloren zou immers niet verlangd kunnen worden dat hij zou stellen en bewijzen eigenaar te zijn, omdat hij wellicht twijfelt aan het slagen van het eigendomsbewijs. Maar omgekeerd zou de gedaagde, die met de *condictio possessionis* wordt aangesproken niet het verweer moeten kunnen voeren dat de eiser had moeten revindiceren en niet op grond van de *condictio possessionis* zou kunnen procederen. Dat zou immers leiden tot de situatie waarin de gedaagde stelt dat de eiser nóg meer recht op de zaak heeft dan deze zelf beweert te hebben.⁸⁸ Toch zou men dit verweermiddel moeten toelaten, als men stelt dat een eiser pas aan de *condictio possessionis* zou mogen toekomen, als de mogelijkheid tot revindiceren is vervallen. Nu is dit een vrij theoretisch bezwaar van Bruns, want geen enkele gedaagde zou dit verweer, waarbij hij dus toegeeft tot afgifte van de zaak te zijn verplicht, tegen de *condictio possessionis* willen opwerpen, tenzij men aanneemt dat het verweer van de verkeerd gekozen actie, gezien het *ne bis in idem*-beginsel, ook een toekomstige *rei vindicatio* zou verhinderen. Het betoog van Bruns toont echter aan dat het idee dat de *condictio possessionis* subsidiair zou zijn aan de *rei vindicatio*, in de praktijk niet is te handhaven.⁸⁹

84 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 199, n. 4, verwijst hierbij naar de opvatting van Brinz in de eerste druk van diens *Lehrbuch der Pandekten* uit 1857; zie Brinz, *Pandekten* I, p. 398. Op die plek stelt Brinz inderdaad dat in de gevallen waarin de *condictio possessionis* wordt erkend, zich géén samenloop met de *rei vindicatio* voordoet: 'Diese Fälle sind nun aber keineswegs von der Art, daß Jeder, der etwa rei vindicationem hätte, auch possessionem condiciren könnte; sondern scheinen sämtlich vorauszusetzen, daß Condicent ehemals nichts anderes hatte, als possessio [...].'

85 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200.

86 Een keuze die hij wellicht zal hebben laten afhangen van bewijsrechtelijke overwegingen en het verschil in hoogte van de te verwachten vergoeding.

87 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200.

88 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200: 'denn dann müßte ja der Verklagte beweisen, daß der Kläger Eigenthümer sei, also noch mehr Recht habe, als er selber behauptete.'

89 Brinz is echter, ook in de 'zweite, veränderte Auflage' van zijn *Lehrbuch* niet overtuigd geraakt van het betoog van Bruns (en van Windscheid) dat de *condictio possessionis* een ruim toepassingsbereik kent. Brinz, *Pandekten* II.2, p. 508–10, n. 23, beargumenteert dat er, behalve over de *condictio furtiva*, geen teksten zijn waarbij het bezit kan worden gecondiceerd, terwijl er ook nog kan worden gerevindiceerd.

De vraag rijst hoe Savigny en Bruns op grond van dezelfde bronnen tot verschillende conclusies zijn gekomen over de reikwijdte van de *condictio possessionis*. Waar Savigny de *condictio* voor het bezit immers slechts toestaat in het geval van diefstal,⁹⁰ komt Bruns tot een ruime erkenning van de *condictio possessionis*. Het antwoord is dat Savigny zich baseert op de bekende tekst uit de Instituten over de *condictio furtiva*,⁹¹ terwijl Bruns het bestaan van de *condictio possessionis* doet steunen op de *condictio incerti*, waarbij het *petitum* niet per definitie is dat de gedaagde eigendom moet overdragen.⁹²

De ruimere aanvaarding door Bruns van de *condictio possessionis* roept de vraag op in welke mate 'petitoire Einreden' zijn toegestaan. Hierbij doelt Bruns op het goederenrechtelijke verweer waarbij de gedaagde stelt dat hij zelf eigenaar is van de zaak waar de eiser het bezit van vordert (dit noemt hij de *exceptio dominii*). Kan de *condictio possessionis*, met andere woorden, ook tegen een eigenaar worden ingesteld? Bruns benoemt niet welk geval hem voor ogen staat, maar wellicht dacht hij aan degene die zonder opdracht op andermans grond had gebouwd en de eigenaar van de grond, die door natrekking eigenaar was geworden van hetgeen op zijn grond was gebouwd, tevergeefs (gezien het ontbreken van een *negotium contractum*) aanspreekt uit onverschuldigde betaling.⁹³ De vraag rijst of de eigenaar van de grond de *condictio indebiti* kon afweren met een beroep op zijn eigendomsrecht.⁹⁴ De *condictio possessionis* wordt door Bruns steeds besproken aan de hand van de bezitsinterdicten, maar het verbod op petitoire verweermiddelen bij de bezitsinterdicten, zo stelt hij, is niet zonder meer doorslaggevend voor de *condictio possessionis*.⁹⁵ Toch vloeit uit de grondslag en het object van deze actie voort dat petitoire verweermiddelen ook bij de *condictio possessionis* zijn uitgesloten. Pas wanneer de rechter oordeelt dat de gedaagde in zijn eigendomsbewijs is geslaagd, staat volgens Bruns vast dat hij recht heeft op het bezit; maar daarmee is het bezit tot op dat moment nog steeds ongegrond geweest. De verplichting tot teruggave bestaat op grond van de *condictio possessionis* dus wel maar kan echter bij 'voller Liquidität des Eigentums' van de gedaagde door middel van een *exceptio doli* krachteloos worden gemaakt; het is immers doleus om datgene op te vorderen, wat men direct weer moet afgeven (*dolo facit, qui petit, quod redditurus est*), zo erkent zelfs Bruns. Uiteindelijk is Bruns niet gevolgd in zijn afwijzing van goederenrechtelijke verweermiddelen tegen de *condictio possessionis*: een eiser die met deze actie procedeert, verliest daarom het proces tegen de eigenaar.⁹⁶ Windscheid gaat verder en stelt dat wanneer een eigenaar het bezit heeft verkregen, dit bezit nooit *sine causa* kan zijn verkregen:

90 Savigny, *System V*, p. 515, n. h, die ter ondersteuning van deze opvatting stelt dat de *datio* waar de gedaagde in de *condictio* toe is verplicht, niet mogelijk is in het geval waarin de eiser reeds eigenaar is.

91 G. 4,4, *supra*, p. 24, n. 101.

92 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 200.

93 D. 12,6,33 (Julianus, *libro trigensimo nono Digestorum*). De *condictio* wordt afgewezen vanwege het ontbreken van een *negotium contractum*, zie *infra*, p. 173, n. 27.

94 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 205, stelt dat D. 12,6,33, hier geen bewijs voor levert.

95 Bruns, *Die Besitzklagen*, p. 203.

96 Klinkhammer, *Besitz*, p. 17–18.

aan de voorwaarden voor toepassing van de *condictio possessionis* – ongegronde verrijking met het bezit van een zaak – is daarmee niet eens voldaan zodat aan een verweermiddel geen behoefte bestaat.⁹⁷

§ 4.3.3 De *condictio possessionis* in de jurisprudentie en het BGB

Bruns' principe dat het bezit een zelfstandige, te condiceren, vermogenswaarde vertegenwoordigt, heeft het gewonnen van Savigny's opvatting van de *condictio*. Uit de rechtspraak blijkt de toenemende invloed van Bruns. In veel uitspraken wordt de *condictio* aanvankelijk nog, in overeenstemming met Savigny, als 'Ersatz' van de *rei vindicatio* behandeld. Het beginsel dat de *condictio*, afgezien van het geval van diefstal, niet tegelijkertijd met de *rei vindicatio* aan een eigenaar ter beschikking kan staan, staat bijvoorbeeld overeind in een uitspraak van het Oberappellationsgericht Wiesbaden van 2 juli 1836:

'Die condictio, welche die Gesetze für diese Fälle geben [namelijk in het geval er op grond van een nietige verbintenis is gepresteerd], schließt nothwendig die vindicatio aus; denn ihre Statthaftigkeit zeigt unzweifelhaft, daß bei dem Uebergabenden kein Eigenthum geblieben, und dasselbe auf den Empfänger übergegangen sey, da, den Fall des Diebstahls ausgenommen, niemand seine eigene Sache condiciren kann.'⁹⁸

In een uitspraak van het Oberappellationsgericht van Darmstadt uit 1853 is de *condictio sine causa* aan de orde.⁹⁹

De eiser in deze procedure had, tot zekerheid van een geldlening die hij had verstrekt, een pandrecht op twintig landgoederen verworven, maar hij had aan de pandgever toestemming gegeven om twee van die landgoederen te vervreemden. Bij de uitoefening van zijn overgebleven pandrechten ging hij echter over tot openbare veiling van alle twintig landgoederen. De koper van deze landgoederen kreeg er slechts achttien geleverd, en weigerde daarom gedeeltelijk betaling. Ten processe stelde de executerende pandhouder zich de vroegere verkoop van de twee landgoederen niet te herinneren, zodat de koop nietig zou zijn vanwege gebrek aan overeenstemming over het object van de koop en de prijs. De koper zou dan op grond van de *condictio sine causa* ofwel op grond van de 'Nichtigkeitskläge' aansprakelijk zijn tot teruggave van de landgoederen. Het Oberappellationsgericht wijst deze eis af, nu slechts de dwalende persoon, dat wil zeggen de koper, die dacht twintig landgoederen te kopen, zich op de nietigheid

⁹⁷ Windscheid/Kipp, I, § 161, p. 831, n. 12.

⁹⁸ Oberappellationsgericht Wiesbaden, 2 juli 1836, *Seuffert's Archiv* 2 (1849), nr. 58. Het Oberappellationsgericht verwijst hierbij naar de teksten die ook in het *ius commune* centraal staan: D. 7,9,12 en I. 4,6,14–15. D. 7,9,12 wordt ook aangehaald in de uitspraak van het Oberappellationsgericht München für das Königreich Bayern van 9 januari 1846, *Seuffert's Archiv* 2 (1849), nr. 57.

⁹⁹ Oberappellationsgericht Darmstadt, 29 april 1853, *Seuffert's Archiv* 6 (1853), nr. 320.

van het contract zou kunnen beroepen, en niet de andere partij, de verkoper, aan wiens schuld het ontstaan van de dwaling bij de koper was te wijten. Wanneer de dwaling haar grond vindt in de onduidelijkheid van de bewoordingen van het contract, moet de uitleg in het nadeel van de verkoper plaatsvinden, zo luidt het oordeel. De eis van de verkoper om de landgoederen met de *condictio sine causa* terug te krijgen, wordt afgewezen, omdat de *condictio* slechts van toepassing is wanneer de accipiënt door consumptie van de verkregen zaak is verrijkt en de *rei vindicatio* niet meer van toepassing is. Dit laatste is nog wel het geval: 'Hie[r]nach ist eine condictio sine causa nicht statthaft, indem es Voraussetzung ihrer Zulässigkeit ist, daß die vermöge eines nichtigen Geschäftes hingegebene Sache bereits consumirt und der Empfänger hierdurch bereichert worden, so daß die Sache in Natur mit einer Vindication, als deren Ersatz die condictio gegeben ist, nicht wieder erlangt werden kann.'¹⁰⁰

Waar het Oberappellationsgericht van Darmstadt nog de 'traditionele' leer van Savigny volgt, blijkt in een uitspraak van het gezaghebbende Oberappellationsgericht te Rostock van 14 april 1864 de leer van Bruns te zijn doorgedrongen.

Het ging in deze zaak om de verkoop van een te Wismar gelegen 'Gasthof,' onder de voorwaarde, zo zou de koper J. later stellen, dat hem het burgerrecht van Wismar zou worden verleend. In plaats van de koopprijs van 900 Thaler direct te betalen, was overeengekomen dat de koper aan de verkoper een 'Capitalforderung' op een in Rostock gelegen landgoed zou cederen. De koper had aan de Stadtsecretär H. van Rostock het verzoek gericht om de vier waardepapieren die deze voor hem in bewaring hield aan de Kaufmann K. te Wismar toe te zenden met de opdracht ze slechts aan de koper persoonlijk af te geven. De stadssecretaris voerde deze opdracht uit. De verkoper wenste inmiddels betaling en wendde zich tot de koopman K. met het verzoek tot aflevering van de waardepapieren, zich hierbij beroepende op het feit dat hij deze waardepapieren gecedeerd had kregen. Na dit aanvankelijk geweigerd te hebben, ging K. uiteindelijk toch over tot afgifte van de waardepapieren nadat de verkoper had aangeboden de ontvangstbevestiging te ondertekenen met de toevoeging 'voor J' (de naam van de koper). Uiteindelijk weigerden de magistraten van Wismar aan de koper het burgerrecht te verlenen zodat deze niks meer had aan het door hem gekochte 'Gasthof' en de voorwaarde waaronder hij de koop had willen sluiten niet in vervulling was gegaan. Hij achtte zich dan ook niet langer aan de koop gebonden en vorderde teruggave van de verkoper van de vier 'Stadtbuchschriften' op grond van diens onrechtmatig verkregen bezit, nu de waardepapieren tegen zijn wil aan de verkoper waren afgegeven. De verkoper verweerde zich met de stelling dat de koop onvoorwaardelijk zou zijn gesloten, maar werd toch in drie instanties veroordeeld. In de eerste twee instanties was deze veroordeling op de bezitsinterdicten gebaseerd.

100 Seuffert's Archiv 6 (1853), nr. 320, p. 455.

Het Oberappellationsgericht te Rostock, waar duidelijk een exemplaar van Bruns' werk aanwezig was, kent de vordering op grond van de *condictio possessionis* toe.¹⁰¹ Het Oberappellationsgericht overweegt:

‘Neben den possessorischen Interdicten können aber, wie Bruns [*Das Recht des Besitzes*, § 5] neuerdings wieder in Erinnerung gebracht hat, auch solche Klagen, die allgemein zum Schutze gegen unbilligen Rechtsverlust dienen, zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzrechtes und somit des Besitzes selbst gebraucht werden, indem der Besitz schlechthin, folglich auch der an sich unrechtmäßige, als ein Vermögensobject, welches Gegenstand einer *condictio* sein kann, aufgefaßt wird, so daß auch für den Besitz der Satz zur Geltung kommt, es könne dasjenige zurückgefordert werden, was aus einem Vermögen in das andere ohne rechtfertigenden Grund übergegangen sei.’¹⁰²

Zo blijkt dat de leer over de toepassing van de *condictio possessionis*, die in het *ius commune* reeds tot ontwikkeling was gebracht, door de interventie van Bruns in de Duitse negentiende eeuw ‘opnieuw in herinnering’ werd gebracht. In een uitspraak van 9 april 1880 beschouwt het Oberste Landsgericht für Bayern de *condictio* echter opnieuw, conform de leer van Savigny, als een actie die slechts van toepassing kan zijn wanneer de *rei vindicatio* niet van toepassing is.¹⁰³

Het ging in deze zaak om een kunsthandelaar St., die drie schilderijen onder eigendomsvoorbehoud had verkocht aan W., die deze schilderijen had verpand aan B. Nadat B. de schilderijen had geëxecuteerd stelde St. een verrijkingsvordering in tegen B. Deze actie werd afgewezen. De kunsthandelaar was door het maken van het eigendomsvoorbehoud immers eigenaar gebleven; dit eigendomsrecht was door de executoriale verkoop niet verloren gegaan; nu er geen regel van derdenbescherming was waarop de koper een beroep kon doen, kon St. de schilderijen van de derde met de *rei vindicatio* opeisen. Omdat de mogelijkheid van de eiser om de schilderijen van de bezitter op dat moment terug te vorderen niet kan worden ontzegd, staat aan hem geen *condictio* wegens ongegronde verrijking ter beschikking omdat, zo overweegt het Oberste Landsgericht, ‘diese *condictio* als subsidiärer Rechtsbehelf nicht stattfindet, wenn der Kläger die Aufhebung des factischen Unrechts mit der Vindication noch bewirken kann.’ Tegen de pandhouder die ten onrechte tot verkoop was overgegaan kon daarom slechts de *condictio furtiva* worden ingesteld, nu diefstal altijd is aanvaard als uitzondering op het principe dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogde.

101 De stelling van de verkoper dat de koper het bezit van de waardepapieren niet pas bij de afgifte door de koopman, maar reeds bij de ondertekening van de ‘Punctuation’ van 29 januari 1862 had verloren – waarmee waarschijnlijk wordt bedoeld op de opdracht aan de stadssecretaris om de waardepapieren aan de koopman af te geven – werd afgewezen. Het is de vraag of, ook al zou dit juist zijn, het bezit van de verkoper hierdoor minder ongerechtvaardigd zou zijn. Het OAG oordeelt dat de koper zijn bezit pas had verloren doordat zijn vertegenwoordiger, de koopman, de papieren aan de gedaagde heeft afgegeven.

102 Oberappellationsgericht Rostock, 14 april 1864, *Seuffert's Archiv* 19 (1866), nr. 152.

103 Oberste Landsgericht für Bayern, 9 april 1880, *Seuffert's Archiv* 35 (1880), nr. 294.

Andere Pandektisten, zoals Windscheid en Dernburg, zijn Bruns gevolgd in zijn opvatting dat de *condictio possessionis* algemene toepassing kent.¹⁰⁴ Uiteindelijk is deze opvatting ook terechtgekomen in Savigny's *Das Recht des Besitzes*: in een lange toevoeging aan Savigny's bespreking van de bezitsinterdicten zet bewerker Rudorff de nieuwe leer uiteen.¹⁰⁵ De uitleg die Bruns aan het 'huidige Romeinse recht' heeft gegeven, en niet die van Savigny, is uiteindelijk bepalend geweest bij de totstandkoming van het BGB. Sinds 1 januari 1900 bepaalt § 812 I BGB immers:

'Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. [...]'

Waar de wetstekst een zekere ambiguïteit vertoont door te bepalen dat met deze actie 'iets' ('etwas') kan worden gevorderd dat de gedaagde heeft ontvangen, blijkt uit de Motive dat de ontwerpers hiermee ook het oog hebben gehad op het *bezit* van een zaak.¹⁰⁶ Door de aanvaarding van de ruime *condictio possessionis*, was de behoefte aan de *condictio furtiva*, de *condictio* die in de eerste twee hoofdstukken centraal stond en als problematisch geval veelvuldig was bediscussieerd, komen te vervallen. Zoals Dernburg opmerkt:

'Der Satz aber verlor seine Bedeutung, seit man gegen denjenigen, welcher den Besitz einer fremden Sache ohne Rechtsgrund an sich gebracht hatte, eine *condictio possessionis* gewährte, welche auch dem Eigentümer jener Sache nach Verlust des Besitzes zustand.'¹⁰⁷

Ondanks het feit dat het BGB deze verrijkingsactie in een algemeen artikel heeft neergelegd, zijn nog steeds, net zoals in het Zwitserse OR,¹⁰⁸ enkele specifieke *condictiones* te herkennen.¹⁰⁹ Dat betekent overigens niet dat § 812 geheel in de traditie van de *condictio* kan worden geplaatst. Deze paragraaf vormt immers de basis van zowel de 'Leistungskondiktion,' waarbij een rechtsmiddel wordt gegeven tegen degene aan wie zonder rechtsgrond

104 Windscheid/Kipp, I, § 161, p. 829, n. 3; Dernburg/Sokolowski, II, § 393, p. 835, n. 12. Zie Klinkhammer, *Besitz*, p. 16, n. 54, voor verdere literatuurverwijzingen. Bolze, *AcP* 79, p. 210, is kritisch ten aanzien van de leer van Bruns.

105 Savigny/Rudorff, *Das Recht des Besitzes*, nr. 161, p. 707–13. Deze bewerking is uit 1865, zodat slechts Bruns' *Das Recht des Besitzes* uit 1848 wordt besproken maar nog niet *Die Besitzklagen*, dat pas in 1874 zou verschijnen. Oorspronkelijk had Savigny de *condictio possessionis* niet besproken in *Das Recht des Besitzes*, zij het dat hij in zijn Pandektenvorlesungen uit 1818–1819 wél had erkend dat het mogelijk was om het bezit van een zaak te condiceren; zie Schäfer, *Bereicherungsrecht*, p. 117.

106 Mugdan, II, p. 464: 'Ausdrücklich erkennt der Entw. auch den Besitz und die Inhabung als Kondiktionsgegenstand an.'

107 Dernburg/Sokolowski, II, § 393, p. 835.

108 *Supra*, n. 26 sq.

109 In het BGB zijn de *condictiones ob causam finitam*, *causa data causa non secuta* (§ 812 I BGB), *obligationis* (812 II BGB), en *ob turpem causam* (§ 817 I BGB) te herkennen; zie ook Zimmermann, *Obligations*, p. 888.

een vermogensvoordeel door een prestatie ten goede is gekomen, als van de 'Nichtleistungskonditionen,' zoals de door Wilburg en Von Caemmerer op grond van de woorden 'in sonstiger Weise' tot ontwikkeling gebrachte 'Eingriffskondiktion.' Waar de 'Leistungskondiktion,' gezien het feit dat er een vermogensverschuiving moet zijn, nog als erfgenaam van de klassieke *condictio* is te beschouwen, is dat bij de 'Nichtleistungskondiktion,' zoals de 'Eingriffskondiktion,' niet het geval.¹¹⁰

§ 4.3.4 De *condictio possessionis* in het Zwitserse recht

Ook in het Zwitserse recht is de onderlinge verhouding tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* onderwerp van discussie geweest. Gezien de aanvaarding van het causale stelsel van eigendomsoverdracht, zal de solvent die onverschuldigd heeft betaald in beginsel kunnen revindiceren. Zolang de mogelijkheid tot revindiceren nog bestaat, wordt de solvent niet als verarmd aangemerkt, en de accipiënt niet als verrijkt. In dit systeem is voor de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking slechts een plaats weggelegd wanneer, bijvoorbeeld als gevolg van een vermenging, eigendom was overgegaan.¹¹¹

De vraag of zich in Zwitserland toch samenloop kan voordoen, is dus afhankelijk van het antwoord op de vraag of de *condictio possessionis* is aanvaard. Hoewel het Bundesgericht zich nooit over deze vraag heeft uitgelaten, was het feit dat de *condictio possessionis* in Duitsland inmiddels was erkend, voor vele auteurs gedurende de gehele twintigste eeuw, reden om het bestaansrecht van deze *condictio* ook voor het Zwitserse recht te verdedigen.¹¹² Zij onderbouwen hun opvatting vooral met verwijzingen naar het Duitse recht, elkaars werk, en de stelling dat het bestaan van de *condictio possessionis* boven elke twijfel is verheven.¹¹³ Volgens Oser is de reden dat het bezit zelfstandig gecondiceerd kan worden, gelegen in het feit dat door de verkrijging van het bezit de voorwaarden voor het verkrijgen van eigendom verlicht zijn,¹¹⁴ terwijl een andere auteur, net zoals Bruns, spreekt van de zelfstandige economische waarde die het bezit vertegenwoordigt.¹¹⁵

110 Zimmermann, *Obligations*, p. 887 sq.; Zimmermann & Du Plessis, *RLR* 2, p. 27.

111 In deze in Wittmann, *Bereicherung*, p. 144; Drakidis, *RTD civ.* 59, p. 611.

112 Aebli, *Bereicherung*, p. 14; Bussy, *Enrichissement*, nr. 63–67; Carry, *Enrichissement*, p. 63–67; Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Art. 62, nr. 5, p. 430; Becker, *Obligationenrecht* I, Art. 62, Anm. II,1; Wittmann, *Bereicherung*, p. 32, 144; Von Tuhr/Peter, I, p. 476; Schulin, in: *BSK. OR* I, Art. 62, nr. 37.

113 Aebli, *Bereicherung*, p. 15: 'Für das OR ist es unzweifelhaft, daß der bloße Besitz condiciert werden kann.' Carry, *Enrichissement*, p. 63: 'L'existence d'une *condictio possessionis* ne peut faire, aujourd'hui, l'objet d'aucun doute; ce fut cependant une question longtemps débattue dans la doctrine allemande.' Op p. 38 plaatst Carry de *condictio possessionis* tegenover de gebruikelijke *condictio dominii*, die van toepassing is wanneer de gedaagde de eigendom van een zaak heeft verkregen.

114 Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*, Art. 62, nr. 5, p. 430.

115 Aebli, *Bereicherung*, p. 14.

Voor het Zwitserse recht doet zich, veel meer dan in het Duitse recht, de vraag voor of de tradent die een onverschuldigde betaling heeft verricht en, vanwege het causale stelsel, nog kan revindiceren, zich óók op de *condictio possessionis* kan baseren. Leidt aanvaarding van de *condictio possessionis* met andere woorden tot samenloop met de *rei vindicatio*? Dit zou men verwachten, maar toch is dit slechts in beperkte mate het geval. De meeste Zwitserse auteurs die de *condictio possessionis* aanvaarden, houden immers vast aan het reeds genoemde subsidiariteitsbeginsel,¹¹⁶ op grond waarvan de *condictio* slechts kan worden ingezet wanneer de eiser geen andere vordering tot zijn beschikking heeft.¹¹⁷ Concurrentie tussen *rei vindicatio* en *condictio*, in die zin dat de eiser de keuze zou hebben tussen beide vorderingen, is op grond van dit beginsel uitgesloten. Een vorm van passieve samenloop zou zich volgens deze leer wel kunnen voordoen, wanneer, zoals in de bekende tekst van Paulus,¹¹⁸ een zaak, die niet aan de tradent toebehoorde, onverschuldigd is geleverd. In dit geval staat de *rei vindicatio* nog ter beschikking van de eigenaar, en kan de tradent slechts de *condictio* vanwege het bezit instellen. Zo heeft Hermann Schulin duidelijk deze casus van Paulus voor ogen wanneer hij in het *Basler Kommentar* schrijft:

‘Der Bereicherungsanspruch und der Eigentumsherausgabeanspruch aus Art. 641 Abs 2 ZGB schliessen sich aus, denn als Eigentümer kann man nicht um das Eigentumsrecht entreichert sein. [...] Ist der Besitz allein grundlos zugewendet worden, so kann er aus Bereicherungsrecht (*condictio possessionis*) zurückgefordert werden. [...] Das ist z.B. der Fall, wenn jemand eine Sache, die ihm nicht gehört, aufgrund eines Mietvertrags, der sich hinterher als ungültig herausstellt, einem anderen übergeben hat.’¹¹⁹

Men merke op dat een enigszins vreemde situatie ontstaat wanneer men zowel de *condictio possessionis* wil erkennen als aan het subsidiariteitsbeginsel wil vasthouden. De consequentie is immers dat de gedaagde, die vanwege een onverschuldigde betaling het bezit van een zaak heeft verworven en niet op grond van een regel van derdenbescherming alsnog de eigendom heeft verkregen, in het ene geval, wanneer het een eigenaar is die de betaling

116 *Supra*, bij n. 52.

117 Von Tuhr/Peter, I, p. 521.

118 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

119 Schulin, in: BSK. OR I, Art. 62, nr. 37. Schulin verwijst naar Von Tuhr/Peter, I, p. 476, die in gelijke zin stelt: ‘Auch der Besitz kann Gegenstand einer grundlosen Zuwendung und daher einer Rückforderung sein (*condictio possessionis*). Dabei geht es nicht um den – im gemeinen Recht häufigen – Fall, daß A zugleich mit dem Besitz einer Sache das Eigentum grundlos dem B überträgt; denn wegen der kausalen Natur der Eigentumsübertragung kann diese Rechtsfolge heute kaum mehr eintreten. Hat aber A dem B nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz einer (ihm selbst nicht gehörenden) Sache ohne Rechtsgrund verschafft, so kann er auch nur Rückgabe des Besitzes verlangen; die Rückgabe des Besitzes kann ihm aber nicht deswegen verweigert werden, weil er nicht Eigentümer war. Daher ist bei Rückforderung einer grundlos zugewendeten Sache der Beweis des Eigentums nicht erforderlich.’

heeft verricht, niet met de verrijkingsvordering kan worden aangesproken, omdat aan de eiser nog een *rei vindicatio* ter beschikking staat, maar hij in het andere geval, wanneer bijvoorbeeld een huurder de onverschuldigde betaling heeft verricht, geacht wordt 'ein ökonomisch wertvolles Gut'¹²⁰ te hebben verkregen waardoor hij met de *condictio possessionis* aansprakelijk is, zelfs wanneer hij door de eigenaar van de gehuurde zaak met de *rei vindicatio* kan worden aangesproken. De vraag rijst dan ook wat het belang is van de *condictio possessionis* in het Zwitserse recht. De *condictio possessionis* zou ten eerste van belang kunnen zijn in het zojuist genoemde geval waarin de niet-eigenaar, bijvoorbeeld de huurder, een zaak onverschuldigd heeft geleverd.¹²¹ De eigenaar kan deze zaak nog revindiceren, maar wanneer de verkrijging van het bezit onder het verrijkingsbegrip van art. 62 OR wordt geschaard, heeft de huurder, die immers contractueel gebonden is jegens de eigenaar, daarnaast de mogelijkheid om de *condictio* in te stellen tegen de accipiënt.

Wanneer men evenwel een stap verder zou gaan en het subsidiariteitsbeginsel zou laten varen, dan zou de eiser in voorkomende gevallen de keuze hebben om, naast de *rei vindicatio*, de *condictio* in te stellen. Dit doet de vraag rijzen of daar voor de eiser een voordeel aan zou zijn verbonden. Is er bijvoorbeeld, zoals in het Duitse recht, een verschil gelegen in de regelingen voor de afdracht van vruchten? Wanneer iemand te goeder trouw andermans zaak gebruikt heeft, dan rust op hem geen verplichting om daarvoor aan de eigenaar een vergoeding te betalen. De bezitter te goeder trouw is immers niet verplicht om een gebruiksvergoeding aan de eigenaar te betalen,¹²² heeft een retentierecht als de noodzakelijke en nuttige uitgaven die hij met betrekking tot de zaak gedaan heeft, niet aan hem zijn vergoed,¹²³ en is gerechtigd de vruchten te behouden die hij te goeder trouw heeft getrokken. De eiser zou er dus baat bij kunnen hebben om, naast de *rei vindicatio*, met betrekking tot de vruchten de verrijkingsvordering te kunnen instellen,¹²⁴ ook al wordt in de literatuur aangenomen dat te goeder trouw verkregen vruchten niet leiden tot een *ongerechtvaardigde* verrijking.¹²⁵

Een laatste voordeel dat in de literatuur wordt genoemd voor beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, is het bewijsrechtelijk voordeel dat aan de *condictio*, ten opzichte van de *rei vindicatio*, zou zijn verbonden.¹²⁶

120 Wenner, *Bereicherung*, p. 155.

121 Bussy, *Enrichissement*, nr. 66.

122 Art. 938 I ZGB: 'Wer eine Sache in gutem Glauben besitzt, wird dadurch, dass er sie seinem vermuteten Rechte gemäss gebraucht und nutzt, dem Berechtigten nicht ersatzpflichtig.' Zie Lindenmann, 938 ZGB, p. 143; Ernst, in: BSK. ZGB II, Art. 938.

123 Art. 939 I ZGB.

124 Eger, ZSR 33, p. 353.

125 Lindenmann, 938 ZGB, p. 104.

126 Von Tuhr/Peter, I, p. 476, onder verwijzing naar de dissertatie van Bussy, *Enrichissement*, nr. 66. Het betreft een passage die grotendeels ongewijzigd is gebleven sinds de eerste druk uit 1924: zie Von Tuhr, I, p. 371–72; zie ook Von Tuhr/Siegmart, I, p. 403, waarnaar de Nederlandse Parlementaire Geschiedenis verwijst, *infra*, p. 252, n. 402.

De eiser is immers niet verplicht om het eigendomsbewijs te leveren. Of de bewijslast in de *rei vindicatio* zwaarder is dan het bewijs dat in het kader van de *condictio* moet worden geleverd, kan echter worden betwijfeld. In de literatuur is dit vermeende bewijsrechtelijke voordeel slechts in beperkte mate naar voren gebracht:

‘Die Kondiktion wird freilich für den Eigentümer nur in den wenigsten Fällen von praktischer Bedeutung sein. Ausgeschlossen ist dies jedoch nicht, weil sie nur den Nachweis der Nichtigkeit des Mietvertrages erfordert, nicht auch den Eigentumsnachweis.’¹²⁷

Een deel van de auteurs houdt vast aan de subsidiariteitsleer.¹²⁸ Andere auteurs trekken uit het ruime verrijkingsbegrip dat aan de *condictio possessionis* ten grondslag ligt, de conclusie dat ook de eigenaar de keuze zou moeten hebben om de verrijkingsvordering in te stellen.¹²⁹ Dit is echter niet de heersende leer.

De conclusie luidt dat de vraag of de *condictio* in Zwitserland aan een eiser wordt toebedeeld *niet* afhangt van de vraag of zich een vermogensverschuiving ten gunste van de gedaagde heeft voorgedaan, maar van de vraag of aan *deze eiser* nog een andere vordering tegen de gedaagde kan instellen: is dit het geval, dan geldt hij niet als ‘entreichert’ en zal hij eerst deze andere vordering, in ons geval de *rei vindicatio*, dienen in te stellen. Samenloop tussen *rei vindicatio* en *condictio* zou zich volgens de subsidiariteitsleer wel kunnen voordoen, maar uitsluitend in het geval aan de actieve zijde van beide vorderingen verschillende partijen staan.

§ 4.4 SAMENLOOP EN DE ‘EIGENTÜMER-BESITZER-VERHÄLTNIS’

In het huidige Duitse recht is samenloop mogelijk tussen de *rei vindicatio* (Vindikation; Eigentumsherausgabeanspruch) van § 985 BGB en de *condictio* (Kondiktion; Bereicherungsklage) van § 812 BGB:

‘Im Zweipersonenverhältnis ist es denkbar, daß mit der Vindikation (§ 985) eine ebenfalls auf Herausgabe der Sache gerichtete Leistungskondiktion – eine *condictio possessionis* – konkurriert.’¹³⁰

¹²⁷ Koller, *Obligationenrecht*, p. 553.

¹²⁸ *Supra*, n. 50.

¹²⁹ Zie Wenner, *Bereicherung*, p. 157; Nietlispach, *Gewinnherausgabe*, p. 383: ‘Kondiktion und Vindikation stehen (nach hier vertretener Auffassung) somit zueinander in Konkurrenz.’ Zie een overzicht van deze opvattingen bij Gauch & Schluep, *Obligationenrecht* I, nr. 1499, n. 9.

¹³⁰ Staudinger/Lorenz, §§ 812–822, Vorbem. zu §§ 812 ff, nr. 39. Zie ook Schmitt, *Subsidiarität*, p. 94–95: ‘Der Tatbestand des § 812 verlangt, daß jemand *etwas* auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund *erlangt* hat. Dieses Erlangen wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Kondiktionsschuldner noch aus sonstigen Gründen in Anspruch genommen werden kann. Er hat den Besitz einer Sache auch dann erlangt, wenn dem Besitzvorgänger zugleich ein Anspruch aus § 985 BGB zusteht.’

Het is opmerkelijk dat de samenloop van beide vorderingen juist in de Duitse rechtsleer veel aandacht heeft gekregen. Het Duitse recht kent immers een abstract stelsel van eigendomsoverdracht waarin de eigendomsoverdracht onafhankelijk is van de geldigheid van de leveringstitel (het 'Trennungsprinzip'). Het feit dat de tradent dwaalde bij het doen van de betaling, verhindert de eigendomsoverdracht niet. De tradent beschikt slechts over de *condictio* die op de verrijking van de accipiënt is gebaseerd en niet meer over de *rei vindicatio*. Samenloop tussen beide vorderingen doet zich dus niet zo vaak voor als men bijvoorbeeld in Zwitserland zou verwachten.

Ondanks het feit dat de traditionele opvatting over de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* – wederzijdse uitsluiting – ook in Duitsland aan de basis heeft gestaan van het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht, doet zich de opvallende situatie voor dat juist in Duitsland, vrijwel het enige Europese land dat dit abstracte stelsel huldigt, de samenloop tussen *rei vindicatio* en de *condictio* het meest nadrukkelijk is aanvaard.

Deze samenloop tussen Vindikation en Kondiktion kan zich voordoen in gevallen van 'Doppelnichtigkeit.' Daarmee wordt de situatie aangeduid waarin niet alleen de obligatoire titel ongeldig is, maar deze ongeldigheid doorwerkt in de ongeldigheid van de zakelijke overeenkomst. Ondanks Savigny's 'Trennungsprinzip,' gaat er in dat geval geen eigendom over. Dit doet zich bijvoorbeeld voor wanneer de vervreemder niet, of slechts beperkt, handelingsbekwaam is.¹³¹ Samenloop tussen de *condictio possessionis* en de *rei vindicatio*, kan zich dus, ook in Duitsland, wel degelijk voordoen.

De vraag rijst vervolgens wat in dit geval het praktische belang is van de aanvaarding van de *condictio possessionis*, naast de *rei vindicatio*. De aanvaarding van Bruns' leer – en de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio possessionis* die hieruit voortvloeit – heeft geleid tot een uitgebreide literatuur over wat in de literatuur met de 'Eigentümer-Besitzer-Verhältnis' wordt aangeduid.¹³² Hierbij wordt een vergelijking gemaakt tussen het geval waarin slechts het verbintenisscheppende feit nietig is ('ein nur kausalnichtiger Rechtsgeschäft'), en dat waarin ook de zakelijke overeenkomst ongeldig is ('ein doppelnichtiger Rechtsgeschäft'); in het eerste geval is de accipiënt eigenaar geworden en kan de solvent zich alleen op de *condictio* beroepen, terwijl hij in het tweede geval eigenaar is gebleven is en hij in principe op grond van zowel de *condictio* als de *rei vindicatio* zou kunnen procederen. De beschikbaarheid van de *rei vindicatio* zou, zo lijkt het, tot een hogere mate van bescherming moeten leiden.¹³³ Maar er blijkt, om een enkel voorbeeld te geven, tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* een verschil te bestaan in de

131 Zie Larenz/Canaris, *Schuldrecht* II.2, § 74, p. 339.

132 Zie de handboeken van Reuter & Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung* II, p. 483–539; Larenz/Canaris, *Schuldrecht* II.2, § 74 I; Staudinger/Lorenz, §§ 812–822, Vorbem. zu §§ 812 ff, nr. 39–44. Zie ook Köbl, *EBV*, p. 200 sq.; Waltjen, *AcP* 175, p. 109 sq.; Mühl, *AcP* 176, p. 396; Schlechtriem, *Restitution* I, p. 256.

133 Dit is het 'Paradefall' van de 'Kollisionsentscheidung' tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*; zie Waltjen, *AcP* 175, p. 113.

maatstaf voor aansprakelijkheid tot afdracht van zogeheten 'Nutzungen,' waarmee het voordeel wordt aangeduid dat de gedaagde heeft gehad door gebruik te maken van de zaak en daar de vruchten van te kunnen trekken.¹³⁴ Er bestaat een discrepantie tussen de mate van aansprakelijkheid van de gedaagde in de *rei vindicatio* en de *condictio*. Terwijl de gedaagde, wanneer hij met de *rei vindicatio* wordt aangesproken, slechts verplicht is deze 'Nutzungen' af te dragen vanaf het moment dat de rechtsstrijd een aanvang heeft genomen,¹³⁵ staat hij er, wanneer hij wordt aangesproken met de *condictio*, slechter voor, want op die grond is hij tot volledige afdracht van deze 'Nutzungen' verplicht.¹³⁶ De vraag rijst of er een dwingende volgorde geldt op grond waarvan de eiser beide acties dient in te stellen? Is de *condictio* subsidiair ten opzichte van de *rei vindicatio*, zodat de eiser slechts beperkt recht heeft op 'Nutzungen' wanneer hij nog met de *rei vindicatio* kan procederen? In dat geval zou de eiser in geval van 'Doppelnichtigkeit,' wat betreft de 'Nutzungen,' opvallend genoeg in een *slechtere* positie komen te verkeren, dan wanneer hij alleen de *condictio* tot zijn beschikking had gehad. In de literatuur wordt aangenomen dat de eiser in dit geval, ondanks het feit dat de *rei vindicatio* in beginsel voorrang krijgt, toch een beroep zal kunnen doen op de bepaling over de afdracht van 'Nutzungen' in de *condictio*, mits de gedaagde de zaak van de eigenaar zelf op grond van een nietige overeenkomst heeft verkregen.¹³⁷

§ 4.5 SLOT

Aan het begin van dit hoofdstuk werd de vraag opgeworpen welk van beide opvattingen in het Duitse en Zwitserse recht de overhand had gekregen: de opvatting dat de *condictio* een op eigendomsoverdracht gerichte vordering is, of die dat de *condictio possessionis* mogelijk is. Wij zien dat dit laatste het geval is geweest. Hierdoor is de mogelijkheid geopend dat zich samenloop met de *rei vindicatio* voordoet. Dat betekent echter niet dat de 'traditionele,' in Duitsland door Savigny verdedigde, leer waarbij de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, zonder betekenis is geweest. Dit beginsel wordt weliswaar, door de interventie van Bruns, niet langer gehanteerd, maar het leeft voort in de aanvaarding van het Abstraktionsprinzip, waar het de systematische basis van vormt. Omgekeerd heeft het Zwitserse recht zich van dit abstracte stelsel van eigendomsoverdracht afgekeerd, en heeft het, door jurisprudentieel ingrijpen, een causaal stelsel van eigendomsoverdracht aanvaard. Hierbij werd echter in eerste instantie nog steeds uitgegaan van de traditionele opvatting; maar vrij snel werd, onder invloed van de ontwikkeling in Duitsland, de *condictio possessionis* ook in Zwitserland erkend.

134 § 100 BGB.

135 § 987 BGB.

136 § 818 I BGB.

137 Zie Larenz/Canaris, *Schuldrecht* II.2, § 74, p. 340.

Zwitserland heeft zich dus verwijderd van het argument dat, via Savigny, op de glosse teruggaat, en de wederzijdse exclusiviteit van de *rei vindicatio* en de *condictio* vooronderstelt. Toch moet worden aangetekend dat in het Zwitserse recht de verrijkingsvordering alsnog subsidiair is verklaard aan de *rei vindicatio*. Daardoor bestaat er in de praktijk, door de aanvaarding van dit beginsel van subsidiariteit, paradoxaal genoeg een situatie die dichter tegen deze wederzijdse exclusiviteit van *rei vindicatio* en *condictio* aanligt dan tegenwoordig in het Duitse recht het geval is.

§ 5.1 INLEIDING

Zowel in de Franse Code civil van 1804 als in de Nederlandse Burgerlijke Wetboeken van 1838 en 1992 leeft de *condictio* voort. In tegenstelling tot de Duitse en Zwitserse codificaties, waarin één algemene verrijkingsaanspraak is neergelegd en daarnaast nog verscheidene afzonderlijke *condictiones* zijn opgenomen,¹ kennen de Franse en Nederlandse codificaties ook een algemene verrijkingsvordering,² maar daarnaast slechts één *condictio*, te weten de *condictio indebiti*, die is neergelegd in bepalingen over de ‘action en répétition de l’indu’³ en de vordering uit onverschuldigde betaling.⁴ Beide wetboeken staan hiermee in de traditie van de Justiniaanse Instituten, waarin de onverschuldigde betaling afzonderlijk wordt genoemd, in aansluiting op de, eveneens reële, verbintenis van de verbruiklener.⁵ In navolging van deze indeling bespreekt Robert-Joseph Pothier (1699–1772) in zijn *Traité de l’action condictio indebiti*, onder verwijzing naar een tekst van Gaius in de Digesten,⁶ de verbintenis uit *mutuum*, en in aansluiting daarop de verbintenis uit *promutuum*, waarbij een verplichting bestaat tot restitutie van een hoeveelheid geld of andere fungibele zaken die onverschuldigd is overgedragen.⁷

1 *Supra*, p. 144, n. 25 sq. en p. 161, n. 109.

2 Zie nader in § 5.2, *infra*, p. 171.

3 Tot 1 oktober 2016 golden art. 1235 en 1376–1381 (oud) Cc; zie, voor een Nederlandse vertaling van deze artikelen, art. 1235 en 1376–1381 BBW. Bij de gedeeltelijke hercodificatie van het Franse verbintenissenrecht, door middel van de *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, zijn art. 1235 en 1376–1377 (oud) Cc vervangen door art. 1302–1302-3 Cc over de ‘paiement de l’indu,’ en art. 1378–1381 (oud) Cc door art. 1352–1352-9 Cc, waarin algemene bepalingen over ‘les restitutions’ zijn neergelegd.

4 Art. 1395–1400 OBW; art. 6:203–6:211 BW.

5 I. 3,14,1, *supra*, p. 17, n. 48.

6 D. 44,7,5,3, *supra*, p. 17, n. 48.

7 Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nrs. 133, 134, 139. Van Oven, *WPNR* 4672, p. 166, schrijft daarom dat de Code ‘het Institutenstelsel’ heeft gevolgd.

De *condictio indebiti* heeft evenwel, ten opzichte van de wijze waarop deze actie in het *ius commune* werd opgevat, enige wijzigingen ondergaan. Nu slechts de *condictio indebiti* werd gecodificeerd, diende zich de noodzaak aan om gevallen die traditioneel tot andere *condictiones* werden gerekend, zoals de *condictio ob turpem causam*, onder het toepassingsbereik van de *condictio indebiti* te scharen, die daarom door Van Oven als een ‘moderne *condictio indebiti*’ is betiteld.⁸ Ten eerste kwam het vereiste dat de solvent in dwaling verkeerde te vervallen.⁹ Waar Gaius het als een essentieel kenmerk van de *condictio indebiti* beschouwt dat de solvent met zijn betaling een schuld teniet wenst te laten gaan,¹⁰ is deze wil van de solvent niet langer relevant,¹¹ maar gaat het in het Nederlandse recht om de vraag of ‘hetgeen in concreto is gebeurd, naar zijn objectieve strekking als een prestatie aangemerkt kan worden.’¹² Daarnaast is ook het begrip ‘betaling’ (*solutio*) uitgebreid. Elke prestatie die zonder rechtsgrond wordt verricht, levert een grond op voor de *condictio indebiti*.¹³

Een derde verandering die de moderne *condictio indebiti* heeft ondergaan, is in het huidige verband het meest van belang. De *condictio* wordt tegenwoordig, noch in het Franse, noch in het Nederlandse recht, nog beschouwd als een actie die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Vanwege het causale stelsel van eigendomsoverdracht zal een solvent in voorkomende gevallen zowel de beschikking hebben over de *rei vindicatio* als de *condictio*. Nu de *condictio* niet langer principieel op eigendomsoverdracht is gericht, zijn beschouwingen die de uitzonderingen verklaren die

8 Zie Van Oven, WPNR 3329, p. 436; zie ook Bregstein, WPNR 4046, p. 263; Asser/Hartkamp & Sieburgh, nr. 421; Zimmermann, OJLS 15, p. 411; Jonkers, *Onwettigheid*, p. 146. Ook Bregstein, WPNR 4046, p. 663, stelt dat ‘alle op een *negotium* steunende *condictiones* van het Romeinse Recht in art. 1395 B. W. zijn terug te vinden.’

9 In Nederland wordt het dwalingsvereiste (*error*) in het geheel niet meer gesteld; zie het krachtige betoog van Diephuis, XI, p. 43–49, tegen dit vereiste, en de verwerping van dit vereiste door de Hoge Raad in HR 20 april 1917, NJ 1917, 600, W 10125, WPNR 2499 (*Balkema/Stegeman*; m.nt. E.M. Meijers). In Frankrijk werd het dwalingsvereiste in de literatuur aanvankelijk nog gesteld; zie Toullier, XI, nr. 60, maar tegenwoordig wordt dwaling, behalve in het geval waarin een solvent per abuis de schuld van een ander heeft voldaan, in welk geval de eis van dwaling logisch voortvloeit uit de regel dat de schuld-eiser in dit geval ontvangt waar hij recht op heeft (‘indu subjectif’; zie art. 1302-2, lid 1 Cc; art. 1377, lid 1 (oud) Cc, *infra*, n. 87), niet langer beschouwd als een voorwaarde voor terugvordering; zie Douchy-Oudot: in *Rép civ. Dalloz*, nr. 24, 77; Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 658; Zimmermann, OJLS 15, p. 410.

10 G. 3,91, *supra*, p. 17, n. 48.

11 Zie, voor het Franse recht, Douchy-Oudot: in *Rép civ. Dalloz*, nr. 8, en voor het Nederlandse recht, Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 29 sq.

12 Aldus de memorie van antwoord op afdeling 6.4.2 over de onverschuldigde betaling; zie PG Boek 6, p. 804; zie ook Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 30–31.

13 Reeds onder het OBW kon de vordering uit onverschuldigde betaling worden ingesteld wanneer de prestatie een *facere* betrof, zoals het verschaffen van huurgenot; zie HR 7 november 1935, NJ 1936, 239 (*Van de Sande/De Zeeuw*; m.nt. E.M. Meijers), *infra*, n. 223; zie ook HR 18 april 1969, NJ 1969, 336 (*Katwijk/Westdijk*; m.nt. G.J. Scholten).

op dit principe bestonden, overbodig geworden. De *condictio furtiva*, waarvan de toepassing in de Duitse pandektistiek nog werd bediscussieerd,¹⁴ is daarmee van het toneel verdwenen – degene die bewust een onverschuldigde betaling in ontvangst neemt,¹⁵ kan op grond van de *condictio indebiti* worden aangesproken.¹⁶

In dit hoofdstuk staat de vraag centraal hoe de *condictio* zich heeft ontwikkeld van een vordering die traditioneel tegengesteld was aan de *rei vindicatio* – zij het dat op dit principe steeds meer uitzonderingen werden aanvaard voor de *condictio furtiva* en de *condictio possessionis* – tot een vordering die met de *rei vindicatio* kan concurreren, zodat de solvent, zoals uit de parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek blijkt, ‘veelal de keus [heeft] tussen twee mogelijkheden: het goed als rechthebbende van de ontvanger terugvorderen of zijn eis op de onverschuldigdheid van de betaling baseren.’¹⁷ Terwijl de *rei vindicatio* in essentie ongewijzigd is gebleven, is het de veranderde opvatting van de *condictio* geweest die tot samenloop van beide vorderingen heeft geleid.

Na een afbakening van de *condictio* van de algemene verrijksacties in Nederland en Frankrijk (§ 5.2), komt de leer van Domat en Pothier aan bod, en de invloed die beide juristen op de Franse Code civil hebben gehad (§ 5.3). Vervolgens gaat de aandacht uit naar het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek (§ 5.4), en de totstandkoming van het Nieuw Burgerlijk Wetboek (§ 5.5). Net zoals in de vorige twee hoofdstukken het geval is geweest, speelt hierbij de vraag een belangrijke rol hoe de *iusta causa* die is vereist voor eigendoms-overdracht, moet worden geïnterpreteerd. Tot slot wordt een beschouwing gewijd aan enige praktische aspecten van de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* in het huidige Nederlandse recht (§ 5.6).

§ 5.2 CONDUCTIO EN ALGEMENE VERRIJKINGSVORDERING

In het Franse en het Nederlandse recht bestaat, naast de *condictio indebiti*, ook een ‘algemene’ actie ter ongedaanmaking van een ongerechtvaardigde verrijking. De vraag rijst of deze actie als een *condictio* is te beschouwen en in het onderzoek moet worden betrokken. Dit blijkt niet het geval te zijn.

14 Zie Bruns, *supra*, p. 155, n. 82.

15 D. 13,1,18, *supra*, p. 55, n. 266.

16 Aan de kant van de accipiënt wordt niet langer onderscheid gemaakt naar gelang de vraag of hij in kennis of onkunde verkeerde over het onverschuldigde karakter van de betaling; art. 1376 (oud). Art. 1302-1 Cc maakt dit duidelijk door te spreken van ‘Celui qui reçoit par erreur ou sciemment [...]’.

17 Memorie van antwoord aan de Tweede Kamer bij art. 6.4.2.6a (art. 6:208 BW), PG Boek 6, p. 815.

Waar de Cour de cassation reeds in 1892 in ruime bewoordingen een buitenwettelijke actie tot ongedaanmaking van een 'enrichissement sans cause' aanvaardde,¹⁸ is de Hoge Raad niet tot de formulering van een algemene verrijkingsactie gekomen. In 1959 erkende de Hoge Raad weliswaar de mogelijkheid van een buitenwettelijke (verrijkings)vordering, mits deze in het stelsel van de wet paste en aansloot bij de wel in de wet geregelde gevallen, maar wees hij in het concrete geval een verrijkingsvordering af van een aannemer die op andermans grond had gebouwd.¹⁹ Nederland kent pas sinds de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek in 1992 een algemene verrijkingsvordering waarmee iemand tot de hoogte van zijn verarming diegene tot vergoeding van zijn schade kan aanspreken die zich ten koste van hem ongerechtvaardigd heeft verrijkt.²⁰ Aan de invoering van deze vordering ging een debat vooraf waarbij het betoog van Marcel Henri Bregstein (1900–1957) voor een actie ter ongedaanmaking van 'ongegronde vermogensvermeerdering' in het bijzonder van belang is geweest.²¹ Eduard Maurits Meijers (1880–1954), de oorspronkelijke ontwerper van het nieuwe wetboek, heeft vervolgens aan de Tweede Kamer een vraagpunt voorgelegd over de wenselijkheid om in een algemeen artikel de schadevergoedingsplicht te regelen van degene die ten koste van een ander was verrijkt,²² en dit heeft tot het huidige art. 6:212 BW geleid. Sinds 1 oktober 2016 kent ook de Code civil een wettelijke basis voor de verbintenis tot ongedaanmaking van een 'enrichissement injustifié'.²³ Beide wetboeken zijn elkaar dicht genaderd, nu de Code deze vordering, net zoals in het Burgerlijk Wetboek, in aansluiting op de zaakwaarneming en de onverschuldigde betaling bespreekt in een 'sous-titre' over de quasi-contractuele bronnen van verbintenissen ('quasi-contrat').²⁴

18 Cour de cassation 15 juni 1892, *Recueil périodique et critique Dalloz* 1892.1.596, *Recueil général Sirey* 1893.1.281 (*Julien Patureau-Miran c. Boudier*, m.nt. J.E. Labbé).

19 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (*Quint/Te Poel*, m.nt. D.J. Veegens).

20 Art. 6:212, lid 1 BW: 'Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.'

21 Zie de dissertatie van Bregstein uit 1927 getiteld *Ongegronde vermogensvermeerdering* en zijn artikelen in WPNR 4043–46 en 4300. Zie nader, *infra*, bij n. 208.

22 PG Boek 6, p. 823. Zie over de voor- en ontstaansgeschiedenis van art. 6:212: Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 17–88.

23 Art. 1303 Cc: 'En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement.'

24 Zie Titre III over 'Des sources d'obligation,' en Sous-titre III over de 'Autres sources d'obligations,' die is onderverdeeld in bepalingen over 'La gestion d'affaires' (art. 1301 Cc), 'Le paiement de l'indu' (art. 1302 Cc) en 'L'enrichissement injustifié' (art. 1303 Cc). Zie in het BW titel 6.4 over de 'Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst,' waarin achtereenvolgens de zaakwaarneming (art. 6:198 sq. BW), de onverschuldigde betaling (art. 6:203 sq. BW), en de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) zijn opgenomen.

Noch de Franse vordering uit 'enrichissement sans cause,' noch de Nederlandse vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is te beschouwen als een uitwerking van de Romeinsrechtelijke *condictio*. In het Franse recht werd de verrijkingsvordering eerst en vooral gebaseerd op de *actio de in rem verso*, een actie die in het klassieke Romeinse recht een heel specifieke toepassing had gekend,²⁵ maar in de literatuur over de Code civil werd gezien als uitdrukking van de billijkheidsregel dat niemand zich ten koste van een ander mag verrijken.²⁶ De reden dat de 'enrichissement sans cause' niet op de *condictio* kon worden gebaseerd, was gelegen in het feit dat de *condictio indebiti* in zijn toepassing beperkt werd door het vereiste van een *negotium contractum* tussen de solvent en de accipiënt.²⁷ Aan dit vereiste was niet voldaan in het geval dat een aannemer of leverancier, vanwege insolventie van zijn contractspartij, de grondeigenaar wiens vermogen door natrekking was vermeerderd, wenste aan te spreken.²⁸ Ook in Nederland kan de gecodificeerde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet worden opgevat als een afgeleide van de *condictio*. De betreffende passage in de Parlementaire Geschiedenis refereert niet aan de *condictio*, maar aan de ontwikkeling in, onder andere, Frankrijk, waar de algemene verrijkingsvordering niet tot 'ernstige bezwaren' zou hebben geleid.²⁹ De Toelichting Meijers doet daarnaast ook een beroep op het 'oud-vaderlandse recht,' dat reeds een 'algemene vordering wegens baattrekking zonder rechtsgrond' zou hebben gekend, zoals de door Grotius beschreven verbintenissen uit 'baet-trecking'.³⁰

- 25 De *actio de in rem verso*, opgenomen in titel D. 15,3, kon worden ingesteld door de wederpartij van een slaaf of gezagsonderworpen zoon. Wanneer de wederpartij uitvoering had gegeven aan het contract, maar de gezagsonderworpene niet, kon de meester of *pater familias* slechts op grond van het contract worden aangesproken als hij dit contract geratificeerd had. Als de baten van het contract echter in diens vermogen waren gevloeid, kon de wederpartij hem tot restitutie aanspreken tot de hoogte van zijn verrijking. Deze actie werd in het *ius commune* aangegrepen om een algemene verrijkingsvordering tot ontwikkeling te brengen; zie Hallebeek, *Unjust Enrichment*, p. 60; Zimmermann, *Obligations*, p. 879–80, 83–84; *OJLS* 15, p. 409; Zwalve, *NTBR* 12, p. 159–60.
- 26 Zie Aubry & Rau, VI⁴, § 578, uit 1873, welk handboek een bewerking is van Zachariä/Anschütz, III⁵, p. 449, uit 1853, waarin reeds de basis voor dit betoog wordt gelegd. Dit neemt overigens niet weg dat de *condictio* een rol speelde in de voorgeschiedenis van de verrijkingsactie; zoals Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 80, 91, uiteenzet, haakt Cujacius bij de ontwikkeling van een verrijkingsactie nog wel aan bij de *condictio possessionis*, maar Dumoulin niet meer.
- 27 Zo ontzegt Julianus de *condictio* aan degene die, zonder dat er sprake was van een *negotium*, op andermans grond had gebouwd; zie de eerste helft van D. 12,6,33 (Julianus). Het vereiste van een *negotium contractum* was overigens niet een essentieel kenmerk van alle *condictiones*: de *condictio furtiva* voldeed niet (steeds) aan deze voorwaarde; zie Zimmermann, *Obligations*, p. 854.
- 28 Planiol & Ripert, VII, nr. 752, p. 48: 'Les *condictiones* du droit romain, qui sont à l'origine de notre action en répétition de l'indû, supposaient que le paiement était fait en exécution d'un *negotium*.'
- 29 PG Boek 6, p. 823; zie ook p. 829, waar wordt verwezen naar de ontwikkeling in Duitsland, Zwitserland en Italië.
- 30 Grotius, *Inleidinge*, III,30,1. Zie ook Van Oven, *WPNR* 4672, p. 165 sq.; Feenstra, *Unjust Enrichment*, p. 200–207; Hallebeek, *RLR* 10, p. 98–99; Jansen, *SZ* 120, p. 137–43.

In zijn *Inleidinge* uit 1631 bespreekt Grotius vier gevallen die aanleiding geven tot een 'verbintenis uit baet-trecking' waarbij hij zich baseert op de Romeins-rechtelijke *condictiones*. De uiteenzetting eindigt met een formulering van de vordering tot 'weder-eissching van alle 't gunt andersins zonder gheven, betalen ofte beloven, aen iemand is gekomen uit eens anders goed buiten rechtelicke oorzaak.'³¹ In de literatuur is het vermoeden geuit dat Grotius hiermee een op het natuurrecht gebaseerde algemene verrijkingsvordering formuleert.³²

Ondanks het feit dat de vordering uit baattrekking bij Grotius voortkomt uit de *condictio*, kan de huidige vordering uit ongerechtvaardigde verrijking niet meer worden beschouwd als een (uitwerking van) de *condictio*. In het Romeinse recht was het beginsel dat niemand zich ongerechtvaardigd ten koste van een ander mocht verrijken verwoord door Pomponius,³³ maar schending van dit beginsel leidde niet in het algemeen tot de beschikbaarheid van een *condictio*. De *condictio* was weliswaar een uniforme, abstract geformuleerde actie die in tal van gevallen toepassing vond, maar dit neemt niet weg dat de gevallen waarin een eiser de *condictio* kon instellen door de Romeinse juristen nauwkeurig waren omschreven. De opvatting dat degene die ten koste van een ander ongerechtvaardigd is verrijkt, in het algemeen met de *condictio* aansprakelijk is, welke mogelijkheid voortvloeit uit Grotius' baattrekkingsactie, vindt men in de klassieke bronnen niet terug. Pas sinds de glossatoren heeft men in het verrijkingsprincipe van Pomponius de grondslag gezien van het gehele verrijkingsrecht.³⁴ De in 1992 gecodificeerde vordering uit ongerechtvaardigde verrijking geeft, binnen de grenzen van de redelijkheid, een schadevergoedingsactie aan een verarmde partij tegen degene die ten koste van hem een verrijking heeft genoten, en zo voorziet in die gevallen waarin de *condictio* geen uitkomst biedt.

De vraag of een bepaalde vordering als opvolger van de Romeinsrechtelijke *condictio* is te beschouwen, kan niet uitsluitend afhankelijk worden gemaakt van de vraag hoe deze vordering in een bepaald rechtstelsel wordt betiteld. Zo aanvaarden de Zwitserse, Duitse, Franse en Nederlandse wetboeken tegenwoordig alle een algemene verrijkingsvordering. Men vergelijk het Zwitserse Obligationenrecht, dat een actie toekent tegen degene die 'in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist,' en de Franse Code civil, die 'celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui' aansprakelijk stelt.³⁵ Waar men deze vordering in Zwitserland betitelt als een 'Kondiktion,'³⁶ ziet men de algemene verrijkingsvordering in Frankrijk, zoals

31 Grotius, *Inleidinge*, III,30,18.

32 Zimmermann, *Obligations*, p. 886; Feenstra, *Unjust Enrichment*, p. 206.

33 *Supra*, p. 46, n. 229.

34 Coing, SZ 80, p. 396 sq.; Feenstra, *AÜHFD* 29, p. 289 sq.; Zimmermann, *Obligations*, p. 873–74.

35 Art. 62, lid 1 OR, *supra*, p. 144, n. 25; art. 1303 Cc.

36 Schulin, in: BSK. OR I, Art. 62 OR, nr. 1: 'Die Kondiktion dient dem Ausgleich eines ungerechtfertigten Empfangs.'

gezegd, als toepassing van de *actio de in rem verso*. Het zou niet juist zijn om de wijze waarop deze artikelen in de literatuur worden betiteld, bij een afbakening van het onderwerp doorslaggevend te achten. Men bedenke bovendien dat wat in het Duitse en Zwitserse recht doorgaat als 'Kondiktion' twee te onderscheiden zaken omvat: enerzijds de 'Leistungskondiktion,' die ontstaat op grond van een bewuste en doelgerichte vermogensvermeerdering, waaronder inderdaad de *condictiones* kunnen worden geschaard,³⁷ en de 'Nichtleistungskondiktion,' die beschikbaar is in gevallen waarin een verrijking 'in sonstiger Weise' is ontstaan,³⁸ en die niet direct uit de Romeinse *condictiones* voortvloeit.

In het kader van de discussie over de algemene verrijkingsvordering is de vraag gesteld of de *condictio* moet worden beschouwd als *species* van de verrijkingsvordering.³⁹ In Nederland is dit, zelfs nog vóór invoering van de algemene verrijkingsvordering, door Bregstein betoogd.⁴⁰ Als dit het geval zou zijn, dan zou de beschikbaarheid van de *condictio* afhankelijk zijn van de eisen die aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking kunnen worden gesteld, waaronder de vraag of de gedaagde als 'verrijkt' kan worden aangemerkt. Nog afgezien van het feit dat deze vraag historisch gezien het paard achter de wagen spant – de *condictio* is ouder dan de algemene verrijkingsvordering, en is, zeker nu zij een zelfstandige plaats in de verschillende burgerlijke wetboeken heeft behouden, niet afhankelijk van de eisen die aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking worden gesteld – is deze vraag, zo gesteld, voor verschillende uitleg vatbaar. In het kader van een onderzoek naar de samenloop met de *rei vindicatio*, verdient de vraagstelling: 'beoogt de *condictio* eigendomsoverdracht?' dan ook de voorkeur boven de vraag: 'is de *condictio* een verrijkingsactie?' Deze laatste vraagstelling is dubbelzinnig omdat de term 'verrijking' op verschillende wijzen kan worden gedefinieerd. In het geval dat de accipiënt slechts het bezit van een zaak heeft verkregen, kan men immers zowel betogen dat de accipiënt niet is verrijkt, omdat hij geen eigenaar is geworden,⁴¹ als dat de accipiënt weliswaar geen eigenaar is geworden, maar toch met dit *bezit* is verrijkt.⁴² Verdedigt men deze laatste opvatting, dan is de *condictio* een 'verrijkingsactie' die toch met de *rei vindicatio* kan samenlopen. De term 'verrijking' dient daarom met

37 Linssen, *Voordeelsafgifte*, p. 15.

38 § 812 I BGB.

39 Zie hierover: Verhagen, *RLR* 12, p. 146 sq.

40 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 147.

41 In die zin: Bruns, *supra*, p. 155, n. 81, die de *condictio possessionis* nota bene heeft bepleit; zie ook Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 37: 'Omdat het goed niet van rechthebbende is veranderd, is de betaler niet verarmd en de ontvanger niet verrijkt.'

42 In die zin: Verhagen, *RLR* 10, p. 147: '[T]here has been a shift of value (the transfer of possession) and the *condictio indebiti* is used to redress this shift of value (retransfer of possession). Where the thing itself cannot be given back, the defendant's liability is determined by his enrichment.' Zie ook Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking*, p. 222.

voorzichtigheid te worden gebruikt.⁴³ Door de vraag te stellen of de *condictio* al dan niet op eigendomsoverdracht is gericht, kan deze dubbelzinnigheid worden voorkomen. Zo treedt de vraag of samenloop met de *rei vindicatio* mogelijk is het duidelijkst naar voren.⁴⁴

Men zou de zin van de vraagstelling of de *condictio* al dan niet op eigendomsoverdracht is gericht wellicht in twijfel kunnen trekken door te wijzen op het feit dat de accipiënt soms aansprakelijk blijft, ook nadat de onverschuldigd betaalde zaak teniet is gegaan. Als de accipiënt toerekenbaar is tekort geschoten in de nakoming van de op hem rustende ongedaanmakingsverbintenis, dient hij immers de schade van de solvent te vergoeden.⁴⁵ De *condictio* leidt in dit geval niet tot retro-overdracht van de zaak, zodat men zou kunnen denken dat de vraag of de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht, reeds om die reden ontkenkend dient te worden beantwoord.⁴⁶ Toch betreft het hier slechts een schijnbare tegenwerping. De vraag of de *condictio* in eerste instantie, dat wil zeggen voor het tenietgaan van de zaak, al dan niet op eigendomsoverdracht was gericht, is immers nog niet beantwoord. Ook in het Romeinse recht was het mogelijk dat de accipiënt na het tenietgaan van de zaak aansprakelijk bleef vanwege de fictie dat het verzuim de verbintenis bestendigde, ook al was nakoming onmogelijk geworden.⁴⁷ Maar dat nam niet weg dat de *condictio* in beginsel, de uitzondering voor diefstal daargelaten, wel degelijk op eigendomsoverdracht was gericht. De vraagstelling of de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht is dus wel degelijk zinvol.

Na deze algemene opmerking over de afbakening van de *condictio* van de algemene vordering uit ongerechtvaardigde verrijking te hebben gemaakt, kunnen wij de rechtshistorische draad weer oppakken bij de ontwikkeling van het Franse recht.

43 Hierna komt de term 'verrijking' met name aan de orde in het kader van Bregsteins opvatting dat de *condictio* een toepassing is van de verrijkingsactie, *infra*, p. 208, onder IV.

44 Onder deze dubbelzinnigheden valt niet het feit dat de accipiënt die de eigendom van een zaak heeft verkregen, per saldo niet is verrijkt, omdat op hem ook een aansprakelijkheid is komen te rusten tot ongedaanmaking van deze verrijking. In die zin stelt Grotton, *Unjustified Enrichment*, p. 573–74: 'This is a claim in unjustified enrichment [...]. But have I been enriched? Is my estate, my patrimony, larger than it was before I had the money? The answer is no [...]. I acquired an asset, but I also acquired a matching and identical liability. My net estate was unchanged.' Men dient dit evenwel zo te zien, zoals Grotton ook toegeeft, dat de accipiënt door de toename van zijn vermogen is verrijkt, en blijvend zou worden verrijkt als de wet aan deze verrijking geen verdere gevolgen zou verbinden. De vraag of zich een verrijking heeft voorgedaan moet dus worden beoordeeld op het moment dat het vermogen van de accipiënt is vermeerderd, waarbij de verplichting tot ongedaanmaking van deze verrijking tijdelijk wordt weggedacht.

45 Art. 6:203, jo. 6:74 BW. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 157 sq.

46 Ook zou men kunnen wijzen op het feit dat het toepassingsgebied van de vordering uit onverschuldigde betaling zich uitstrekt tot prestaties die niet bestaan in het geven van een goed, zie art. 6:210, lid 1 BW.

47 *Supra*, p. 32, n. 146.

§ 5.3 FRANS RECHT

§ 5.3.1 Inleiding

De werken van Jean Domat (1625–1696), ‘le précurseur du Code civil,’ en van Robert-Joseph Pothier (1699–1772), ‘le père du Code civil,’ hebben de Code civil van 1804 in belangrijke mate beïnvloed. Een bespreking van de rechtsleer van beide juristen is van belang gezien het verschil tussen de consensuele, door het natuurrecht geïnspireerde, leer van Domat, en de traditionele leer van Pothier, die in sterkere mate op het Romeinse recht is gebaseerd. Dit verschil komt tot uiting in het kader van de vereisten die voor eigendoms-overdracht worden gesteld en de vraag naar de gevolgen van beide opvattingen voor de plaats van de *condictio* in het vermogensrechtelijke systeem. Na een bespreking van Domat (§ 5.3.2) en Pothier (§ 5.3.3) volgt een blik op de *condictio* in de Code civil (§ 5.3.4) en wordt ingegaan op de situatie dat de onverschuldigd betaalde zaak onder een derde is komen te berusten (§ 5.3.5).

§ 5.3.2 Domat

In *Les lois civiles dans leur ordre naturel* uit 1689 en bepaalt Domat dat een koopovereenkomst door enkele wilsovereenstemming tot stand komt:

‘Les conventions s’accomplissent par le consentement mutuel donné et arrêté réciproquement. Ainsi, la vente est accomplie par le seul consentement, quoique la marchandise ne soit pas délivrée, ni le prix payé.’⁴⁸

De vraag rijst nu op welk moment de eigendom overgaat. Volgens het Romeinse recht was ook een levering (*traditio*) vereist en inderdaad stelt Domat dat eigendom door middel van een levering (‘*délivrance*’) overgaat.⁴⁹ Met betrekking tot onroerende goederen was het evenwel gebruikelijk dat een notaris in een koopovereenkomst een clausule opnam, de ‘*clause de des-saisine-saisine*’ of ‘*clause de précaire*’ genoemd, waarin hij verklaarde dat de verkochte zaak was geleverd. In feite was deze clausule een toepassing van het Romeinsrechtelijke *constitutum possessorium*, op grond waarvan de voor eigendomsoverdracht noodzakelijke feitelijke leveringshandeling kon worden vervangen door een overeenkomst waarin de tradent verklaarde dat hij de zaak voor de accipiënt zou gaan houden. Domat nu stelt dat elke koopovereenkomst, zelfs al bevatte deze niet een ‘*clause de précaire*,’ geacht moest worden zo’n clausule te bevatten:

48 Domat, I, livre 1, titre 1, section 1, nr. 8; zie ook Domat, I, livre 1, titre 2, section 1, nr. 2: ‘La vente s’accomplit par le seul consentement, quoique la chose vendue ne soit pas encore délivrée, ni le prix payé.’ Zie hierover Zimmermann, *Obligations*, p. 567; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 78, n. 21.

49 Domat, I, livre 1, titre 2, section 2, nr. 10, onder verwijzing naar C. 2,3,20, waaruit blijkt dat eigendom ‘*non nudis pactis*’ overgaat; ook aangehaald door Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 78, n. 21.

‘Si la clause de précaire a été omise dans un contrat de vente d’un immeuble, elle y est sous-entendue pour l’effet de mettre l’acheteur en droit de prendre possession, si les lieux sont libres; car la vente transférant la propriété, elle renferme le consentement du vendeur, que l’acheteur se mette en possession.’⁵⁰

Door de fictieve opname van een ‘clause de précaire’ in elke koop van een onroerende zaak, kent Domat, in overeenstemming met de natuurrechtelijke leer, een zo groot mogelijk gewicht toe aan de wil van partijen. Door de uitzondering van de ‘clause de précaire’ tot regel te verheffen holt hij het leveringsvereiste uit en kent hij, althans voor onroerende zaken, *de facto* goederenrechtelijke gevolgen toe aan de totstandkoming van de overeenkomst zelf.⁵¹ In dit ‘consensuele’ stelsel van eigendomsoverdracht concentreert de vraag of eigendom overgaat zich dus op de vraag of sprake is van een geldige overeenkomst die tot overdracht verplicht. Een consensueel stelsel impliceert, nu het contract hét criterium is op grond waarvan moet worden beoordeeld of eigendom overgaat, een titelbegrip waarbij de titel in obligatoire zin geldig dient te zijn. Als de titel in obligatoire zin ongeldig is, kan er geen sprake zijn van eigendomsoverdracht.⁵²

De vraag rijst vervolgens naar de goederenrechtelijke gevolgen van een onverschuldigde betaling. In de rubriek over ‘ceux qui reçoivent ce qui ne leur est pas dû, ou qui se trouvent avoir la chose d’autrui sans convention,’ stelt Domat:

‘Celui qui reçoit un paiement de ce qui ne lui est pas dû, quand même il croirait de bonne foi qu’il lui serait dû, et que celui qui paie le penserait de même, n’acquiert aucun droit sur ce qui lui est payé de cette manière, mais il doit le rendre.’⁵³

Blijkens dit citaat heeft de accipiënt van de onverschuldigde betaling volgens Domat ‘geen enkel recht’ (‘aucun droit’) op de onverschuldigd betaalde zaak verkregen. Op hem rust de verplichting om deze zaak terug te geven (‘il doit le rendre’).⁵⁴ Men zou verwachten dat Domat aan de solvent, die

50 Domat, I, livre 1, titre 2, section 2, nr. 8; zie ook Zwolve, *GEPR*, p. 280.

51 De bepaling van Domat heeft in eerste aanleg betrekking op onroerende zaken (‘immeubles’); voor roerende zaken bepaalt Domat in no. 6 van dezelfde section dat de verkochte zaak kan worden geleverd door de wil van partijen (‘par la seule volonté du vendeur et de l’acheteur, si le transport ne pouvait se faire’), maar gaat hij niet zover een *constitutum possessorium* in de overeenkomst te lezen, wanneer partijen hier niets over bepaald hebben.

52 Van Oven, *Praeadvies*, p. 62, 73; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 194, 196; Zwolve, *GEPR*, p. 290.

53 Domat, I, livre 2, titre 7, section 1, nr. 1.

54 Aan het woord ‘rendre’ zelf kunnen geen goederenrechtelijke conclusies worden verbonden, nu zowel Domat als Pothier dit woord ook in de goederenrechtelijk-gezien neutrale betekenis gebruiken van het teruggeven van een zaak door een houder aan de eigenaar, waarbij zich geen vermogensverschuiving voordoet; zie Domat, I, livre 2, titre 7, inleiding: ‘Ainsi, celui qui trouve une chose perdue, doit la rendre au maître.’ Zie ook Domat, I, livre 2, titre 7, section 1, nr. 8. Zie Pothier, *Traité du contrat de dépôt*, nr. 1: ‘Le dépôt est un contrat par lequel l’un des contractants donne une chose à garder à l’autre, qui s’en charge gratuitement, et s’oblige de la rendre lorsqu’il en sera requis.’

kennelijk eigenaar is gebleven, in beginsel – dat wil zeggen vóór *consumptio* van de onverschuldigd betaalde zaak – slechts de *rei vindicatio* ter beschikking stelt. Het valt evenwel op dat Domat niet de *rei vindicatio* noemt, maar slechts de *condictio indebiti* behandelt, zonder daarbij een onderscheid te maken tussen de situaties voor en na consumptie.⁵⁵ De beschikbaarheid van de *condictio indebiti* blijkt uit het feit dat Domat de restitutieplicht van de accipiënt geheel behandelt naar aanleiding van de bepalingen in het Corpus Iuris over deze *condictio*.⁵⁶ Impliciet in deze beschouwingwijze is dat de *condictio* samen kan lopen met de *rei vindicatio*, die de tradent, nu de accipiënt geen enkel recht op de zaak heeft verkregen, in beginsel ook tot zijn beschikking moet hebben. Domat legt met zijn consensuele stelsel dus de basis voor een *condictio* die niet meer per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. De impliciete consequentie van het betoog van Domat is dat de solvent zich kan bedienen van zowel de *rei vindicatio* als de *condictio*.

§ 5.3.3 Pothier

Ook het werk van Pothier heeft een grote invloed uitgeoefend op de Code civil: de bepalingen over de onverschuldigde betaling in het wetboek zijn geïnspireerd door zijn *Traité de l'action condictio indebiti*.⁵⁷ Waar Domat op natuurrechtelijke gronden in praktische zin afstand doet van de levering als constitutief vereiste voor eigendomsoverdracht, en aan het contract zelf translatief effect toekent, houdt Pothier vast aan de Romeinsrechtelijke leer waarbij een levering wel vereist is.⁵⁸ Pothier legt, net zoals Domat, de nadruk op het belang van de wil van partijen om eigendom over te dragen, maar kent aan deze wilsovereenstemming een geheel andere rol toe, zoals blijkt uit zijn beschouwing over de onverschuldigde betaling:

55 Ten onrechte stelt Pekelharing, *Terugvordering*, p. 34: 'Dat hij [Domat] tegenover den ontvanger van onverschuldigde betaling nu uitsluitend de reivindicatio toestaat en een condictio achterwege laat, is consequent. Het is immers de grondslag der conditiones, dat eischer zijn eigendomsrecht kwijt is [D. 7,9,12].' Domat stelt juist wel een

56 Domat, I, livre 2, titre 7.

57 Ook Toullier, XI, nr. 56, een vroege commentator op de Code, stelt dat de bepalingen over 'les quasi-contrats' in de Code voortbouwen op titel D. 12,6 en het 'petit Traité' van Pothier over de *condictio indebiti*; Toullier stelt: 'Telles sont les sources où le Code a puisé les dispositions que nous allons expliquer.' Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 148, wijst er zelfs op dat het systeem van de Code 'volkomen identiek' is aan de bepalingen in Pothier, *Traité des obligations*, nr. 113, over de 'quasi-contrats.' Zie over de bronnen van de Code ook Lokin & Zwolfe, *Codificatiegeschiedenis*, p. 245.

58 C. 2,3,20.

‘Celui qui paie à quelqu’un par erreur une chose qu’il croit lui devoir, a la volonté de lui en transférer le domaine par la tradition qu’il lui en fait; celui à qui elle est payée, a pareillement la volonté d’en acquérir le domaine: ce concours de leurs volontés suffit, avec la tradition, pour la translation de la propriété. Le paiement fait par erreur contient donc une aliénation que celui qui paie une chose, quoique par erreur, fait de la chose qu’il paie à celui à qui il la paie.’⁵⁹

Uit dit betoog blijkt dat Pothier, naast de beschikkingsbevoegdheid van de tradent, twee vereisten voor eigendomsoverdracht formuleert, te weten wilsovereenstemming tussen de tradent en de accipiënt om eigendom over te dragen én levering. Waar het bij Domat de overeenkomst zélf is die tot eigendomsoverdracht leidt – en waarbij afwezigheid van een geldige obligatoire overeenkomst aan overdracht in de weg staat – stelt Pothier dat de wilsovereenstemming om met de levering eigendom te doen overgaan afdoende is (‘suffit’) voor overdracht. In het systeem van Pothier staat daarom de levering centraal – reden dat men van een traditioneel stelsel spreekt. Een onverschuldigde betaling zal dus, anders dan bij Domat, wél tot eigendomsoverdracht leiden, mits partijen bij de levering hebben gewild eigendom te laten overgaan. De vraag of eigendom overgaat is daarmee onafhankelijk van de geldigheid van de obligatoire rechtstitel die tot overdracht verplicht. Vervolgens rijst de vraag naar het rechtsmiddel dat Pothier ter beschikking stelt aan de solvent die onverschuldigd heeft betaald. Nu de onverschuldigde betaling tot eigendomsoverdracht heeft geleid, staat aan de solvent slechts de *condictio indebiti* ter beschikking:

‘Celui qui l’a payée cesse donc d’en être le propriétaire; il ne peut donc avoir la revendication de cette chose, cette action étant attachée à la propriété de la chose qu’il n’a plus; il n’a que l’action *condictio indebiti* qui naît de l’obligation personnelle que celui à qui la chose a été payée, a, par le paiement, contractée de la lui rendre, laquelle action, selon la nature des actions personnelles, ne se donne que contre celui qui a contracté l’obligation, et ses héritiers, ou autres successeurs universels: il n’a donc aucune action contre les tiers détenteurs de la chose.’⁶⁰

Dat een onverschuldigde betaling inderdaad eigendom doet overgaan, wordt nog onderstreept door de verwijzing naar het verrijkingsbeginsel van Pomponius:

‘Le fondement de cette obligation est cette règle de l’équité naturelle: *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuriâ fieri locupletiolem*; l. 206 ff. de R.J. [*De diversis regulis iuris antiqui*].⁶¹ Cette règle ne permet pas que celui qui a reçu une chose qui ne lui était pas due, s’enrichisse par ce paiement, aux dépens

59 Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nr. 178. Zie ook Pothier, *Traité des obligations*, nr. 113–115, over de ‘quasi contrats,’ een door Domat overigens niet benoemde categorie van verbintenissen; zie Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 644.

60 Pothier, *Traité de l’action condictio indebiti*, nr. 178.

61 D. 50,17,206, *supra*, p. 46, n. 229.

de celui qui lui a fait ce paiement par erreur; et elle l'oblige en conséquence à lui rendre ce qu'il lui a ainsi payé par erreur.⁶²

Waar een onverschuldigde betaling bij Domat dus geen eigendom doet overgaan (de accipiënt 'n'acquiert aucun droit'), is dat bij Pothier *wel* het geval. Pothier staat hiermee in een traditie die teruggaat op het betoog van de glosse dat ook een putatieve titel een *iusta causa* is die tot overdracht kan leiden.⁶³ Dit betoog werd, zoals reeds bleek, overgenomen door Donellus,⁶⁴ en later door Savigny aan de basis gelegd van het leerstuk van de zakelijke overeenkomst.⁶⁵ Pothier stelt weliswaar niet dat het bestaan van de *condictio indebiti* tot aanvaarding van een subjectief titelbegrip leidt, maar het feit dat hij in het *Traité du droit de domaine de propriété*, in overeenstemming met het taalgebruik van de glosse, een 'titre putatif,' voldoende acht voor eigendoms-overdracht, is een aanwijzing dat Pothier dit betoog van de glosse inderdaad voor ogen heeft.⁶⁶

Nu onverschuldigde betaling volgens Pothier leidt tot eigendomsoverdracht, en de *condictio* een persoonlijke actie is die, volgens de beginselen van het Romeinse recht, slechts tegen de accipiënt en zijn opvolgers onder algemene titel kan worden ingesteld, zou men verwachten dat de solvent geen enkele actie heeft tegen een derde aan wie de accipiënt de zaak mocht hebben verkocht, geschonken of gelegateerd. Toch blijkt er één geval te zijn dat, zelfs bij Pothier, aanleiding geeft tot een actie tegen deze derde en daarmee, verrassend genoeg, tot samenloop van de *rei vindicatio* en de *condictio*. Het betreft de situatie waarin de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak aan een derde heeft doorgeleverd. Nadat Pothier heeft gesteld, zoals hierboven bleek, dat de *condictio* slechts van toepassing is tegen degene met wie de accipiënt heeft gecontracteerd, en dus niet tegen de 'tiers détenteur,' voegt hij hier de nuancering aan toe dat dit weliswaar de juiste opvatting is volgens de beginselen van 'het strikte recht,' maar dat hier een uitzondering op mogelijk is:

62 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 140; zie ook nr. 134 met betrekking tot het *promutuum*.

63 *Supra*, p. 100, n. 13.

64 *Supra*, p. 140, n. 3.

65 *Supra*, p. 142, n. 14.

66 Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, nr. 230: 'Observez qu'un titre, quoiqu'il ne soit que putatif, suffit pour que la tradition que je vous fais de ma chose en conséquence de ce titre, que je me suis faussement persuadé exister, quoiqu'il n'existe pas, vous en transfère la propriété; j'ai seulement en ce cas, lorsque l'erreur aura été reconnue, une action personnelle contre vous, qu'on appelle *condictio indebiti*, ou *condictio sinè causâ*, pour que vous soyez tenu de me rendre ce que je vous ai donné.' Zie ook nr. 238, waarin Pothier in de Julianus-Ulpianus antinomie in het voordeel van Julianus beslist: eigendom gaat over, ook bij onenigheid tussen te partijen over de *causa*; zie D. 41,1,36, *supra*, p. 86, n. 425.

*'Haec ita stricto jure: mais l'erreur par laquelle il a fait le paiement peut être quelquefois une juste cause pour rescinder ce paiement et l'aliénation qu'il renferme; et pour donner en conséquence à celui qui l'a fait, comme étant (au moyen de cette rescision) réputé propriétaire de la chose, une action utilis in rem pour la revendiquer contre le tiers qui la possède.'*⁶⁷

Volgens een strikte rechtsopvatting, zo betoogt Pothier, mag het dan wel zo zijn dat de solvent geen actie heeft tegen de derde-bezitter, toch komt aan de solvent die in dwaling verkeerde in sommige gevallen een 'action rescisoire' toe die leidt tot het recht om de betaling en de vervreemding ('ce paiement et l'aliénation') ongedaan te maken. De solvent kan daarom zelfs een goederenrechtelijke actie, de *rei vindicatio utilis*, tegen de derde-bezitter instellen.⁶⁸ Deze 'rescision' leidt niet automatisch tot herstel van het voormalige eigendomsrecht van de solvent. De solvent procedeert immers niet als eigenaar, maar als iemand die *geacht* wordt eigenaar te zijn (hij is 'réputé propriétaire de la chose'). In overeenstemming hiermee wordt aan de solvent een *actio utilis in rem* ter beschikking gesteld, een op het geval toegesneden *rei vindicatio*.⁶⁹ De beschikbaarheid van de *actio utilis* vooronderstelt dus dat de eiser géén eigenaar is; als hij wel eigenaar zou zijn, zou hij immers van de directe *rei vindicatio* gebruik hebben kunnen maken.

In zijn *Traité du contrat de vente* geeft Pothier een voorbeeld van een geval waarin ontbinding, zij het in een twee-partijen-situatie, leidt tot beschikbaarheid van een *actio utilis*. Wanneer een verkoper vernietiging op grond van het koopcontract inroept, omdat hij de zaak voor een veel te lage prijs heeft verkocht ('lésion énorme'),⁷⁰ kan de tradent de *rei vindicatio* instellen, *alsof* de zaak altijd aan hem was blijven toebehoren: 'en conséquence de laquelle rescision, le vendeur, par cette action, revendique la chose, comme si elle n'avait jamais cessé de lui appartenir.'⁷¹ Is de tradent dus eigenaar gebleven? Pothier verduidelijkt: 'Cette action est une action utilis in rem et non directa; car le vendeur qui a cette action rescisoire, n'est plus, in rei veritate, le propriétaire de la chose qu'il a vendue; il en a transféré la propriété à l'acheteur, par la tradition qu'il lui en a faite avec

67 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 178 (slot).

68 Het woord 'rescision' betekent letterlijk 'ontbinding.' Ontbinding heeft naar huidige Nederlands recht krachtens art. 6:269 BW recht geen terugwerkende kracht, waardoor alleen ongedaanmakingsverbintenissen in het leven worden geroepen. Ook aan de 'rescision' is bij Pothier geen terugwerkende kracht verbonden: de solvent wordt niet opnieuw als eigenaar aangemerkt. Het feit dat de solvent een goederenrechtelijke aanspraak heeft, zorgt er evenwel wel voor dat de 'rescision' ook een element in zich bergt van het huidige rechtsmiddel van de vernietiging, aan welk rechtsmiddel vanwege de terugwerkende kracht wél goederenrechtelijke werking is verbonden (art. 3:53 BW). Door de 'action utilis in rem' aan de solvent toe te kennen, bereikt Pothier hetzelfde effect dat in het Duitse recht aan de Doppelnichtigkeit is verbonden, zie § 4.4, *supra*, p. 165.

69 Zie over de *rei vindicatio utilis* in het Romeinse recht: § 2.7, *supra*, p. 94.

70 Pothier verwijst naar C. 4,44,2, waarin de keizer aan de verkoper die een landgoed voor minder dan de helft van de objectieve waarde verkocht heeft, de mogelijkheid geeft het contract te ontbinden; zie over deze *laesio enormis*: Zimmermann, *Obligations*, p. 259 sq.

71 Pothier, *Traité du contrat de vente*, nr. 331.

la volonté de la lui transférer.⁷² Hieruit blijkt dat Pothier, zelfs in het geval van 'lésion,' vasthoudt aan de leer dat de wil van de tradent om door levering eigendom over te dragen in alle gevallen van doorslaggevend belang is.

Pothier verbindt aan deze *actio utilis in rem*, die hij ook met 'action rescissoire ou utilis in rem' aanduidt,⁷³ wel een voorwaarde: de solvent kan deze actie slechts tegen de 'tiers détenteur' instellen wanneer deze de zaak 'à titre lucratif,' ofwel om niet, in bezit heeft gekregen, hetgeen het geval is bij schenking of verkrijging op grond van een legaat. De derde die verkregen heeft 'à titre onéreux,' ofwel om baat, kan niet worden aangesproken. Wanneer de derde de zaak te goeder trouw van de accipiënt heeft gekocht en zo op 'legitieme wijze heeft verworven' ('légitimement acquise'), moet de solvent zich richten tot de accipiënt: 'on doit renvoyer celui qui a payé la chose par erreur, à se pourvoir contre celui à qui il l'a payée, pour répéter de lui le prix qu'il l'a vendue.'⁷⁴

Samengevat blijkt dat, in de periode voorafgaand aan de invoering van de Code civil, zowel het consensuele stelsel, als het traditionele stelsel ahang vond. De vraag rijst hierbij in welke mate het al dan niet aanvaarden van het leveringsvereiste bepalend is voor de vraag of de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht. Hoewel er geen dwingend verband bestaat tussen het leveringsvereiste en de *condictio*, blijkt de verwerping van het leveringsvereiste bij Domat te leiden tot het vereiste van een obligatoir geldige titel, hetgeen op zijn beurt weer leidt tot beschikbaarheid van de *rei vindictio*, naast de *condictio*. Omgekeerd gaat de aanvaarding van het leveringsver-

72 Pothier, *loc. cit.* Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 193–94, haalt de 'rescision' vanwege 'lésion énorme' aan ter ondersteuning van de stelling dat Pothier niet de 'abstracte' leer huldigt, omdat ontbinding vanwege bepaalde wilsgebreken met terugwerkende kracht gepaard zou gaan. Pothier zou daarom volgens Van Vliet, p. 194, n. 127, de theorie ahangen dat eigendom overgaat op grond van de *animus dominii transferendi*, waarbij sommige wilsgebreken niet alleen de verbintenis, maar ook de wil tot eigendomsoverdracht verhinderen; zie hierover *supra*, p. 101, n. 20. Van Vliet stelt: 'Pothier's treatment of the defects of will makes clear that he does not adhere to the abstract theory. He gives a very lucid exposition about the consequences defects of will have on the passing of ownership. Avoidance (*rescision*) of the contract has retroactive effect, that is to say, the contract is deemed never to have existed. Consequently, ownership, which has been transferred to the acquirer, reverts automatically to the transferor with retroactive effect, because the legal ground on the basis of which the acquirer holds the asset has been avoided. The transferor is deemed always to have been owner of the asset. Being owner he may vindicate the asset.' Qua resultaat heeft Van Vliet gelijk dat de solvent in de positie wordt gesteld *alsof* hij nog eigenaar is – aan hem wordt immers een zakelijke actie ter beschikking gesteld. Maar hij gaat hiermee voorbij aan het feit dat Pothier de *actio utilis* ter beschikking stelt, en dat deze actie juist veronderstelt dat de solvent *geen* eigenaar meer is, hetgeen Pothier in staat stelt om vast te houden aan het abstracte stelsel.

73 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 179.

74 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 179: 'Il en doit être autrement de celui qui a acheté de bonne foi la chose payée par erreur.' De goede trouw van de derde-verkrijger ziet niet op de beschikkingsbevoegdheid van zijn voorganger, de oorspronkelijke accipient, want die was door de betaling eigenaar geworden, maar op het 'gebrek' ('le vice de la chose') dat aan de verkochte zaak kleefte, dus de mogelijkheid dat deze zaak nog met de *actio utilis* wordt opgeëist.

eiste bij Pothier gepaard met de aanvaarding van een subjectief titelbegrip; eigendom gaat ook op grond van een putatieve titel over, hetgeen leidt tot de situatie dat de *rei vindicatio* en *condictio* elkaar, behoudens het bijzondere geval waarin de *actio utilis in rem* tegen de derde wordt toegekend, uitsluiten. De vraag rijst welke leer in de Code civil is aanvaard.

§ 5.3.4 Code civil

De Code civil van 1804 bepaalt dat eigendomsoverdracht plaatsvindt 'uit kracht van verbintenissen' en maakt zo een keuze voor het, door Domat voorgestane, consensuele stelsel:

Art. 711 Cc: 'La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations.'⁷⁵

Anders dan Pothier had betoogd, gaat eigendom over krachtens een verbintenis die tot eigendomsoverdracht verplicht, zonder dat een afzonderlijke leveringshandeling is vereist.⁷⁶ Een consensueel stelsel vooronderstelt dat de titel die aan de overdracht ten grondslag ligt, obligatoir gezien geldig is.⁷⁷ Indien er voor de betaling geen grondslag aanwezig is, zal de solvent daarom, zolang de zaak nog bestaat, zijn toevlucht kunnen nemen tot de *rei vindicatio*.

Het Franse recht kent de 'prescription instantanée',⁷⁸ op grond waarvan de bezitter van een roerende zaak wordt beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid van degene van wie hij het bezit heeft verkregen en onmiddellijk de eigendom verkrijgt, mits hij te goeder trouw was ten aanzien van diens beschikkingsonbevoegdheid. Deze regel geldt evenwel niet in het geval de bezitter zijn bezit van de eigenaar zelf (*a domino*) heeft verkregen.⁷⁹

75 Het Belgisch Burgerlijk Wetboek is grotendeels een vertaling van de Code civil; art. 711 BBW luidt: 'Eigendom van goederen wordt verkregen en gaat over door erfopvolging, door schenking onder de levenden of bij testament, en uit kracht van verbintenissen.' Zie ook art. 1138 (oud), art. 1196 Cc als uitwerking van art. 711 Cc.

76 Terré & Simler, *Les biens*, nr. 396 sq.

77 *Supra*, n. 52. Mazeaud & Chabas, II-2, nr. 1619, spreekt bij de eigendomsoverdracht *solo consensu* over 'la nécessité d'un contrat valable pour opérer ce transfert,' en bestempelt dit gegeven als een 'inconvenient du transfert.'

78 Art. 2279, lid 1 (oud), art. 2276, lid 1 Cc: 'En fait des meubles, la possession vaut titre.' Art. 2279, lid 1 BBW: 'Met betrekking tot roerende goederen geldt het bezit als titel.' Art. 2014, lid 1 OBW: 'Met betrekking tot roerende goederen die noch in renten bestaan, noch in inschulden welke niet aan toonder betaalbaar zijn, geldt het bezit als volkomen titel.'

79 Wanneer de bezitter zijn bezit direct aan de eigenaar ontleent, heeft art. 2276 Cc slechts een bewijsrechtelijke functie. Een titelgebrek wordt dan niet gedekt door het bezit te goeder trouw. Slechts een derde-verkrijger kan een beroep doen op art. 2276 Cc. Men bedenke dat als ook de bezitter die zijn bezit direct van de eigenaar had verkregen een beroep op dit artikel zou kunnen doen, dit het causale stelsel van eigendomsoverdracht geheel zou ondergraven; zie in die zin Mazeaud & Chabas, II-2, nr. 1619; Terré & Simler, *Les biens*, nr. 448: '[T]outes les règles sur les nullités deviendraient lettre morte si l'article 2276 faisait obstacle à la réclamation du demandeur.'

Kan de solvent naast de *rei vindicatio* ook de *condictio* instellen? Aan het begin van het hoofdstuk over het tenietgaan van verbintenissen legt de Code de basis voor het terugvorderingsrecht van de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht:

Art. 1235, lid 1 (oud) Cc: 'Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition.'⁸⁰

Dit artikel verklaart dat iedere betaling een schuld 'doet veronderstellen,' zoals het Nederlandse equivalent van dit artikel in het Oud Burgerlijk Wetboek het formuleerde.⁸¹ In wezen bevat dit artikel twee definities van een 'betaling.' In de eerste helft blijkt dat een betaling niet kan plaatsvinden zonder dat er een schuld is die tot deze betaling verplicht.⁸² Vervolgens blijkt dat een onverschuldigde betaling kan worden teruggevorderd.⁸³ In het eerste deel van de zin impliceert de 'betaling' het tenietgaan van een schuld; in het tweede deel van de zin duidt de betaling op een feitelijke handeling die geen verbintenis doet tenietgaan, maar er één uit onverschuldigde betaling doet ontstaan.⁸⁴ In het hoofdstuk over de 'quasi-contrats,' werkt de Code deze verbintenis uit:⁸⁵

80 Art. 1235 BBW: 'Iedere betaling onderstelt een schuld: hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd.' Het artikel heeft in de Code civil ongewijzigd dienst gedaan van 1804 tot 2016, toen het hoofdstuk over 'Le paiement de l'indu' werd ingevoerd, waarvan het eerste artikel, art. 1302 Cc, luidt: 'Tout paiement suppose une dette; ce qui a été reçu sans être dû est sujet à restitution [curivering toegevoegd].' Zie over deze wetswijziging, *supra*, n. 3.

81 Zie art. 1395 OBW, *infra*, n. 140.

82 Zie Pothier, *Traité des obligations*, nr. 546: 'Il est évident qu'on ne peut faire le paiement d'une chose avant qu'elle soit due; car, tant qu'il n'y a pas encore de dette, il ne peut y avoir de paiement.'

83 Het artikel maakt dus een onderscheid tussen een 'werkelijke' en een 'feitelijke' betaling. In die zin Diephuis, VI, p. 40: 'Elke betaling veronderstelt eene schuld, die daardoor wordt afgedaan; waar geen schuld bestaat, kan zij ook niet betaald en afgedaan worden; en is er evenwel betaald, dan is dat geene werkelijke betaling geweest, en een natuurlijk gevolg daarvan is, dat, hetgeen evenwel feitelijk betaald is, teruggevorderd worden kan.'

84 Cf. I. 3,14,1; I. 3,27,6; zie ook G. 3,91, *supra*, p. 17, n. 48.

85 Traditioneel worden drie categorieën van onverschuldigde betaling onderscheiden: de betaling zonder dat er enige schuld heeft bestaan, de betaling aan iemand anders dan de crediteur, en de betaling door iemand anders dan de debiteur. De eerste twee gevallen worden gedekt door art. 1376 Cc, het laatste door art. 1377, lid 1 Cc; zie Ripert/Boulanger, II, nr. 1244; Aubry & Rau, VI⁷, nr. 304–306. Cf. D. 12,6,65,9, *supra*, p. 84, n. 410, waarin Paulus deze drie gevallen noemt.

Art. 1376 (oud) Cc: 'Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.'⁸⁶

Art. 1377, lid 1 (oud) Cc: 'Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier.'⁸⁷

Deze artikelen bezien de verbintenis uit onverschuldigde betaling zowel vanuit de accipiënt die tot restitutie is verplicht, als vanuit de solvent die bij vergissing andermans schuld heeft voldaan en recht heeft op restitutie. De 'action en répétition de l'indû' kan steeds worden ingesteld wanneer een betaling zonder rechtsgrond is verricht, en deze actie zal samenlopen met de *rei vindicatio*. Uit het handboek van Planiol en Ripert blijkt dat de solvent zijn vordering inderdaad op zowel de zakelijke *revendication*, als de persoonlijke *condictio indebiti* kan baseren:

'L'action en répétition de l'indû, lorsqu'elle vise la restitution d'une chose en nature, est doublée par l'action en revendication.'⁸⁸

§ 5.3.5 De aansprakelijkheid van de 'tiers détenteur'

De vraag rijst wat rechtens is in het door Pothier besproken geval waarin de accipiënt de zaak heeft doorgeleverd aan een derde. Kan de solvent de *rei vindicatio*, nu niet de *actio utilis in rem*, maar de *actio directa*, de 'gewone' *rei vindicatio*, ook instellen tegen deze 'tiers détenteur'? Inderdaad is dit moge-

86 Sinds 1 oktober 2016 bepaalt art. 1302-1 Cc in licht gewijzigde bewoordingen ('s'oblige à' is door 'doit' vervangen): 'Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû doit le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.' Art. 1376 BBW bepaalt: 'Hij die bij vergissing of met zijn weten iets ontvangen heeft dat hem niet verschuldigd was, is verplicht het terug te geven aan degene van wie hij het ontvangen heeft zonder dat het verschuldigd was.' Art. 1396 OBW bepaalde: 'Die bij vergissing, of met zijn weten, iets ontvangen heeft dat hem niet verschuldigd was, is verplicht het niet verschuldigde terug te geven aan degenen van wien hij hetzelfde ontvangen heeft.'

87 Sinds 2016 luidt art. 1302-2 Cc: 'Celui qui par erreur ou sous la contrainte a acquitté la dette d'autrui peut agir en restitution contre le créancier. Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier, par suite du paiement, a détruit son titre ou abandonné les sûretés qui garantissaient sa créance.' Art. 1377, lid 1 BBW luidt: 'Wanneer een persoon die bij vergissing meende schuldenaar te zijn, een schuld betaald heeft, is hij gerechtigd het betaalde van de schuldeiser terug te vorderen.' Art. 1397, lid 1 OBW luidde: 'Wanneer iemand die bij vergissing meent schuldenaar te zijn eene schuld betaald heeft, is hij gerechtigd om het betaalde van den schuldeischer terug te vorderen.'

88 Planiol & Ripert, VII, nr. 736, die de verbintenis uit onverschuldigde betaling overigens onverminderd beschouwen als voorbeeld van de ongerechtvaardigde verrijking: 'l'enrichissement sans cause dont la réception de l'indû n'est qu'un cas particulier' (nr. 719). Het verrijkingsbegrip wordt hier dus op een ruime wijze uitgelegd.

lijk, zo neemt men tegenwoordig aan.⁸⁹ Men dient evenwel te bedenken dat de mogelijkheid bestaat dat de derde de eigendom van een roerende zaak verkrijgt, wanneer hij te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van de accipiënt.⁹⁰ Maar wanneer de derde geen aanspraak kan maken op de bescherming van de 'prescription instantanée',⁹¹ zal de solvent een keuze kunnen maken of hij deze derde met de *rei vindicatio* zal aanspreken, of de accipiënt met de *condictio*. Toch is het juist deze vraag naar de actie van de solvent tegen de derde-bezitter ('tiers détenteur') die in de negentiende-eeuwse literatuur werd beschouwd als 'fort délicate'⁹² en 'très importante, [...] aussi l'une des plus controversées de notre matière.'⁹³

Bij de bespreking van de *condictio* vermelden Planiol en Ripert:

'L'action en répétition peut, lorsqu'il s'agit d'un immeuble (où même d'un meuble si l'article 2279 ne s'applique pas), être dirigée contre le tiers acquéreur même à titre onéreux et de bonne foi.'⁹⁴

Welke actie staat aan de solvent ter beschikking tegen de derde-bezitter aan wie de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak heeft doorgeleverd? Het is opvallend dat deze vraag, die de kern van het vermogensrecht raakt, in de handboeken verschillend wordt beantwoord. Waar Planiol en Ripert (1954) en Aubry en Rau (1920) tegen de derde-bezitter een *condictio* toekennen, de 'action en répétition' in het citaat hierboven,⁹⁵ stellen Ripert en Boulanger

89 Volgens Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 666-3, waarnaar ook Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 9, n. 29, verwijst, staan beide acties in een alternatieve verhouding: 'Lorsque l'objet du paiement indu est un corps certain, le solvens, puisqu'il en est demeuré propriétaire, peut exercer une action réelle, l'action en revendication, contre le tiers à qui l'accipiens l'aurait aliéné, sans que toutefois cette action puisse se cumuler avec l'action personnelle en répétition contre l'accipiens.' De vraag wat er met de eigendom van de, bij een derde berustende, zaak gebeurt wanneer de solvent eerst tegen de accipiënt zal hebben geprocedeerd, blijft hiermee onbeantwoord. Ook in het Belgische recht wordt de *rei vindicatio* tegen de derde toegekend; zie De Page, III, nr. 22: 'La doctrine l'admet généralement.'

90 Deze derde kan, nu het om een verkrijging *non a domino* gaat, wel een beroep doen op de 'prescription instantanée' van art. 2279, lid 1 (oud), art. 2276, lid 1 Cc. Zie over de 'prescription,' *supra*, n. 78.

91 Dit is het geval wanneer een onroerende zaak is geleverd, waarop de 'prescription instantanée' niet van toepassing is, of wanneer een roerende zaak is geleverd, maar de accipiënt te kwader trouw is en niet de bescherming art. 2276 Cc geniet; zie Terré & Simler, *Les biens*, nr. 438 sq.

92 Larombière, VII, art. 1380 Cc, nr. 7.

93 Demolombe, XV, deel XXXI, nr. 405. De Page, III, nr. 22, schrijft voor het Belgische recht nog dat dit een probleem is dat aanleiding geeft tot 'des difficultés très sérieuses.'

94 Planiol & Ripert, VII, nr. 746.

95 Planiol spreekt in het algemeen van 'l'action en répétition,' zodat men wellicht zou kunnen denken dat men hier toch de *rei vindicatio* op het oog heeft. Aubry & Rau VI⁵, § 442, p. 317, ongewijzigd in Aubry & Rau, VI⁷, nr. 307, verduidelijkt evenwel: 'L'action en répétition de l'indu [cursivering toegevoegd] peut, quand il s'agit d'un immeuble qui a été aliéné par celui qui l'avait reçu en paiement, être dirigée contre le tiers acquéreur, encore que ce dernier l'ait acquis à titre onéreux, et que son auteur ait été de bonne foi en le recevant et en l'aliénant.'

(1957) de *rei vindicatio* aan de solvent ter beschikking, maar voegen zij hieraan toe dat het probleem van praktisch belang is ontbloot.⁹⁶ Deze laatste stelling is twijfelachtig – men denke slechts aan het geval dat de derde-bezitter is gefailleerd. Daarnaast rijst de vraag hoe dit verschil van mening heeft kunnen ontstaan, en hoe het kan dat, volgens de opvatting van Planiol, aan de *condictio* derdenwerking wordt toegekend, terwijl dit in het Romeinse recht uitgesloten was. Ook in het Franse recht werd het *negotium contractum* als een essentieel kenmerk van de *condictio* beschouwd; dit was de reden om de algemene verrijkingsvordering niet op de *condictio*, maar op de *actio de in rem verso* te baseren.⁹⁷ Het antwoord op deze vraag is gelegen in de onduidelijkheid die aanvankelijk bestond over de interpretatie van het titelvereiste in de Code.

Hierboven werd onomwonden gesteld dat een consensueel stelsel leidt tot het vereiste dat een leveringstitel obligatoir geldig dient te zijn. Dit is echter een conclusie die in de eerste periode na de invoering van de Code niet steeds werd getrokken. Het is in dit kader instructief om de leer van Toullier te bezien. In zijn oorspronkelijk acht-, en later veertiendelige *Le droit civil français suivant l'ordre du Code* (1811–1818, respectievelijk 1819–1824), behandelt Charles-Bonaventure Marie Toullier (1752–1835), één van de eerste commentatoren van de Code,⁹⁸ de *condictio*. Net zoals Pothier legt Toullier de verrijkingsregel van Pomponius, ‘cette grande règle d’équité naturelle,’⁹⁹ ten grondslag aan de verbintenissen uit rechtmatige daad in het algemeen,¹⁰⁰ en aan die uit onverschuldigde betaling in het bijzonder:

‘Il est bien évident que celui qui reçoit en paiement une chose qu’on ne lui doit point, d’une personne qui, par erreur, s’en croyait débitrice, s’enrichirait sans droit et au détriment d’autrui, *cum injuriâ et detrimento alterius*, s’il n’était pas obligé de la rendre.’¹⁰¹

Men vergelijkte evenwel de precieze formulering van het verrijkingsbeginsel bij Toullier en bij Pothier. Waar Pothier stelt dat de accipiënt van een onverschuldigde betaling door de betaling (‘par ce paiement’) is verrijkt,¹⁰² is Toullier terughoudender en stelt hij, in de irrealis, dat de accipiënt *zou* worden verrijkt (‘s’enrichirait’), als hij niet tot restitutie zou worden verplicht.

96 Ripert & Boulanger, II, nr. 1261: ‘On admet donc que l’auteur du paiement a une *action en revendication* contre les tiers auxquels la chose a été transmise, sauf l’effet de l’art. 2279, qui protège les acquéreurs de bonne foi d’un meuble corporel. Tout ceci paraît dépourvu d’intérêt pratique.’

97 *Supra*, n. 25.

98 Arabeyre et al., *Dictionnaire*, ‘Toullier,’ p. 973.

99 Toullier XI, nr. 58.

100 Toullier XI, nr. 20, stelt voor art. 1371 Cc te laten luiden: ‘Tout fait licite quelconque de l’homme, qui enrichit une personne au détriment d’une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu’il y ait eu intention de la gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie.’

101 Toullier, XI, nr. 58.

102 *Supra*, n. 62.

Dit verschil suggereert dat Toullier een systeem voor ogen heeft waarbij de solvent door de onverschuldigde betaling eigenaar is gebleven, en dat de accipiënt de zaak dus nog niet in zijn vermogen zou hebben ontvangen. De accipiënt zou dan slechts worden verrijkt, als op hem geen verplichting zou komen te rusten om het bezit terug te geven. Toullier verwijst naar Paulus' opvatting dat eigendom slechts overgaat wanneer er is geleverd op grond van een *iusta causa*, en stelt dat een enkele levering nooit eigendom doet overgaan, wanneer er geen *iusta causa* aan vooraf gaat.¹⁰³ De vraag of er in het geval van een onverschuldigde betaling sprake kan zijn van een *iusta causa*, beantwoordt Toullier, anders dan Pothier, in ontkennende zin:

'Or, dans le cas d'une chose donnée en paiement par erreur, nulle juste cause ne précède la tradition. Il n'existe ni consentement, ni volonté de transférer la propriété; car il n'y a point de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur (art. 1109). Le paiement reste donc sans cause, et ne peut par conséquent avoir aucun effet (art. 1131). Celui qui a reçu ce qui ne lui était pas dû, d'une personne qui, par erreur, s'en croyait débitrice, n'a donc ni titre ni droit pour le retenir. La loi l'oblige à le restituer (art. 1376), et donne à la personne qui a payé, le droit de répétition (art. 1377).'¹⁰⁴

Uit deze passage volgt dat er in het geval van onverschuldigde betaling géén *iusta causa* ('nulle juste cause') aanwezig is die eigendomsoverdracht rechtvaardigt. Het valt op dat Toullier zich, door te spreken van de 'volonté de transférer la propriété,' in gelijke bewoordingen uitdrukt als Pothier, die spreekt over 'la volonté de lui en transférer le domaine,'¹⁰⁵ maar aan deze wilsovereenstemming een andere rol toekent dan Pothier. Waar de wilsovereenstemming bij Pothier immers ziet op de wil om door middel van *levering* eigendom over te dragen (de zakelijke overeenkomst), heeft Toullier in deze passage, net zoals Domat, het oog op de totstandkoming van de tot eigendomsoverdracht verplichtende *verbintenis*. Dit blijkt ook uit de verwijzing naar de artikelen waarin twee van de geldigheidsvereisten voor de overeenkomst, te weten toestemming van de partij die zich verbindt en een geoorloofde oorzaak,¹⁰⁶ zijn uitgewerkt. Het betoog van Pothier staat aan de basis van de aanvaarding van de leer dat een putatieve titel afdoende is voor overdracht, terwijl deze passage van Toullier tot de conclusie leidt dat een obligatoir geldige titel is vereist. Helaas trekt Toullier hier niet zo duidelijk als Domat de conclusie uit dat een onverschuldigde betaling geen eigendom

103 Toullier, XI, nr. 58. 'Mais la simple tradition ne transférerait jamais la propriété, si elle n'était précédée d'une juste cause: *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si... aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur*. Loi 31, ff. de acquir. rerum dom. 41,1 [D. 41,1,31 pr., supra, p. 85, n. 419]. A plus forte raison, sous l'empire du Code civil, où la tradition n'est plus au nombre des moyens d'acquérir et de transférer la propriété. Voy. art. 711.'

104 Toullier, XI, nr. 58.

105 Zie Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 178, supra, n. 59.

106 Art. 1109 en 1131 (oud) Cc; zie tegenwoordig art. 1130 en 1169 Cc.

doet overgaan. Toullier stelt slechts dat als de solvent niet de wil had om eigendom over te dragen, bij de accipiënt geen titel of recht bestaat om de zaak te behouden ('ni titre ni droit pour le retenir').¹⁰⁷

De leer van Toullier is echter niet consistent. In het kader van de restitutieplicht van de accipiënt wanneer de onverschuldigd betaalde zaak teniet is gegaan, stelt Toullier, onder verwijzing naar Pothier:¹⁰⁸

'Qui pourrait, en effet, douter que la volonté du propriétaire, jointe à la tradition qu'il fait de la chose à celui auquel il la donne en paiement, en transfère la propriété?'¹⁰⁹

Wie, behalve dezelfde auteur dertig pagina's tevoren, kan betwijfelen dat een subjectief titelvereiste dient te worden aanvaard?¹¹⁰ Toullier blijkt het leveringsvereiste hier, net zoals Pothier, onverkort te handhaven.¹¹¹ Bij Domat had de verwerping, of althans de afzwakking, van dit leveringsvereiste, juist geleid tot aanvaarding van een vereiste van een obligatoir geldige titel. Het wekt daarom geen verbazing dat handhaving van dit leveringsvereiste, net zoals bij Pothier, gepaard is gegaan met aanvaarding van een subjectief titelvereiste, in tegenstelling tot de leer van Toullier zoals die tot nu toe werd beschreven.

Het feit dat Toullier in eerste instantie zowel het vereiste van een obligatoir geldige titel hanteert, maar zich later aansluit bij de leer van Pothier waarbij de wil van partijen om eigendom over te dragen een geldige titel voor eigendomsoverdracht oplevert, heeft geleid tot onzekerheid over de vraag welk titelvereiste in de eerste periode na invoering van de Code werd gehuldigd.¹¹² Toullier verdedigt bovendien nog een derde theorie. In het geval waarin een onverschuldigd betaalde zaak was verkocht en doorgeleverd

107 In deze laatste woorden zou men ook een toepassing zou kunnen lezen van de theorie dat de Romeinsrechtelijke *condictio* is gebaseerd op de afwezigheid van een *causa retinendi*, *supra*, p. 86, n. 422, zodat de accipiënt toch eigenaar is geworden, maar alleen geen recht heeft om de zaak te behouden.

108 Toullier verwijst naar Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 178, *supra*, n. 59.

109 Toullier, XI, nr. 95.

110 Men vindt de aanvaarding van het subjectieve titelvereiste nog in een ander vroeg commentaar op de Code, te weten dat van Duranton, XIII, nr. 683.

111 Toullier, IV, nr. 61: 'La maxime que la propriété ne se transfère que par la tradition, conserve sa force à leur égard.' Het was art. 1141 (oud), art. 1198 Cc, waarin is bepaald dat bij concurrerende rechten op levering de persoon die de 'possession réelle' verkrijgt, de eigendom verwerft, dat Toullier ertoe aanzette te betogen dat ook de Code het leveringsvereiste stelde. In werkelijkheid is art. 1141 Cc echter een uitwerking is van de 'prescription instantanée' van art. 2279 (oud), art. 2276 Cc. Zie Zwolve, *GEPR*, p. 283; Terré & Simler, *Les biens*, nr. 409.

112 In de literatuur wordt vaak selectief naar één van beide passages van Toullier verwezen; zo verwijzen Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 110, en Pekelharing, *Terugvoering*, p. 49, naar de laatst geciteerde passage waarbij de wil van partijen om door middel van levering eigendom over te dragen een *iusta causa* oplevert. Van Vliet, *Transfer of Movables*, p. 195, n. 130, kent daarentegen meer waarde toe aan de eerdere passage waarin Toullier een vereiste van een obligatoir geldige titel lijkt te verdedigen.

aan een derde – het geval waarin Pothier een *rei vindicatio utilis* toekende¹¹³ – schrijft Toullier:

‘Il est vrai pourtant que le vendeur¹¹⁴ n’avait qu’une propriété révocable, et que, suivant les articles 2125 et 2182, le vendeur qui n’avait sur l’immeuble qu’un droit résoluble ou sujet à rescision, ne transmet à l’acquéreur que la propriété et les droits qu’il avait lui-même sur la chose vendue, sous l’affectation des mêmes résolutions, rescisions et hypothèques.’¹¹⁵

Toullier betoogt dat de accipiënt van de onverschuldigde betaling, de ‘vendeur,’ slechts een ‘propriété révocable’ had verkregen; dat wil zeggen, een eigendomsrecht dat, vanwege de verbintenis uit onverschuldigde betaling, kan worden herroepen. De accipiënt was daarom slechts in staat de zaak, onder dezelfde ontbindende voorwaarde aan een derde over te dragen.¹¹⁶ Men zou zeggen dat de solvent de zaak dus onder de derde zou kunnen opvorderen, maar de zaak wordt nog gecompliceerder wanneer Toullier weer van dit principe afwijkt:

‘Mais ce principe, très-sage et très-vrai, souffre une exception que nous croyons unique, dans le cas de l’aliénation faite par celui qui avait de bonne foi reçu l’immeuble en paiement, et cette exception est fondée en raison.’¹¹⁷

Toullier beroept zich hierbij op de bepaling in de Code over de aansprakelijkheid van de accipiënt te goeder trouw:

Art. 1380 (oud) Cc: ‘Si celui qui a reçu de bonne foi a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente.’¹¹⁸

113 Zie Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 178, *supra*, n. 67.

114 De ‘vendeur’ is de accipiënt van de onverschuldigd betaalde zaak, die deze zaak aan een derde heeft doorverkocht.

115 Toullier, XI, nr. 98.

116 Dit leidt tot de, naar de beginselen van de Code civil, wonderlijke situatie dat er twee eigendomsrechten op de zaak rusten, te weten het eigendomsrecht van de solvent, onder de opschortende voorwaarde van het instellen van de *condictio*, en dat van de accipiënt onder de ontbindende voorwaarde dat de solvent tegen hem met de *condictio* succes heeft.

117 Toullier, XI, nr. 98.

118 Op 1 oktober 2016 is de tekst van deze bepaling gewijzigd in art. 1352-2 Cc: ‘Celui qui l’ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. S’il l’a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu’elle est supérieure au prix.’ De in 2016 ingevoerde herziening maakt duidelijk, wat voorheen al werd aangenomen, dat voor de accipiënt te kwader trouw de marktwaarde van de zaak bepalend is. Het artikel betreft een toepassing van de zogenaamde *condictio pretii*, die teruggaat op D. 12,6,26,12 (Ulpianus); zie Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 177. Het Belgische equivalent van dit artikel, art. 1380 BBW, luidt: ‘Indien hij die een zaak te goeder trouw ontvangen heeft, die zaak verkocht heeft, moet hij alleen de verkoopprijs teruggeven.’

Dit artikel limiteert de aansprakelijkheid van de accipiënt die de ontvangen zaak te goeder trouw¹¹⁹ heeft verkocht tot de koopprijs die hij voor de zaak heeft ontvangen.¹²⁰ Toullier legt deze bepaling *a contrario* uit, in die zin dat de accipiënt *uitsluitend* tot restitutie van de door hem ontvangen koopprijs kan worden verplicht.¹²¹ Als nu aan de solvent een actie tegen de derde-bezitter zou toekomen, zo betoogt Toullier, dan zou deze regres kunnen nemen op de accipiënt vanwege de onder hem uitgewonnen zaak.¹²² De vergoeding die de accipiënt aan de derde zou moeten betalen zou echter in strijd komen met de regel dat de accipiënt slechts verplicht was tot restitutie van de koopprijs aan de solvent. Wanneer de accipiënt de zaak immers voor een prijs had verkocht die onder de werkelijke prijs lag, dan zou de regresvordering leiden tot de verplichting een hoger bedrag te voldoen, dan als de accipiënt alleen de koopprijs had moeten voldoen. Een andere reden dat Toullier aan de solvent een vordering tegen de derde-verkrijger ontzegt is dat de solvent de wil had om eigendom over te dragen; en dat deze wil ten opzichte van de derde-verkrijger te goeder trouw volstaat.¹²³ Zo zien wij dat Toullier in principe bereid zou zijn tot toekenning van een actie tegen de derde-bezitter, maar deze ontzegt in het geval de derde-bezitter te goeder trouw was.¹²⁴

Het betoog van Toullier is niet onomstreden gebleven. De derde-bezitter heeft immers na uitwinning niet altijd aanspraak tegen de accipiënt, bijvoorbeeld wanneer hij de zaak geschonken heeft gekregen of wanneer een garantie in de koopovereenkomst was uitgesloten. Een afwijzing van de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter zou in die gevallen dus in ieder geval niet zijn gerechtvaardigd. Fundamenteler is evenwel dat art. 1380 (oud) Cc de verhouding regelt tussen de solvent en de accipiënt. Dit artikel kan de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter dan ook niet verhinderen, zo stelt Baudry-Lacantinerie (1837–1913) in zijn ‘beaucoup plus ample envergure,’¹²⁵ het

119 De goede trouw werd niet slechts noodzakelijk geacht bij de verkrijging door de accipiënt, maar ook op het moment van de vervreemding: opkomende kwade trouw schaadde hem; zie Baudry-Lacantinerie & Barde, IV, nr. 2844; Demolombe, XV, deel XXXI, p. 120, nr. 402.

120 In het geval de koopprijs nog niet betaald is, is de accipiënt verplicht tot cessie van zijn vordering tot betaling van de koopprijs; zie Demolombe, XV, deel XXXI, p. 120, nr. 399. Planiol & Ripert, VII, nr. 746, evenwel in dit geval: ‘il ne doit rien.’ De ontvanger te kwader trouw is overigens verplicht tot het vergoeden van de waarde van zaak, en bovendien van de vruchten en tot het betalen van een gebruiksvergoeding; zie art. 1378 (oud), art. 1352-3 Cc.

121 Toullier, XI, nr. 97: ‘Ce n’est donc que contre le vendeur qui avait reçu la chose que celui qui l’avait donnée peut avoir une action.’

122 Art. 1630 Cc geeft in geval van uitwinning aan de koper onder andere recht op restitutie van de koopprijs.

123 Toullier, XI, nr. 98: ‘La volonté de celui qui a donné a pu être à la vérité erronée; mais elle a réellement existé, et cela suffit à l’égard des tiers acquéreurs de bonne foi.’

124 Toullier, XI, nr. 99, neemt hiermee afstand van de leer van Pothier, die een *actio utilis* ter beschikking stelt; de romeinsrechtelijke bronnen zouden immers geen onderscheid maken tussen de derde-verkrijger om baat, ‘à titre onéreux,’ en om niet ‘à titre gratuit,’ of ‘à titre lucratif,’ zoals Pothier, *supra*, bij n. 73, het uitdrukt.

125 Arabeyre *et al.*, *Dictionnaire*, ‘Baudry-Lacantinerie,’ p. 72.

zesentwintig-delige *Traité théorique et pratique de droit civil* (1895–1905).¹²⁶ Wanneer de solvent zijn zaak onder de derde heeft gerevindiceerd, bestaat inderdaad de mogelijkheid dat de derde regres neemt op de accipiënt. Het gevolg hiervan is dat de accipiënt de derde schadeloos heeft moeten stellen, terwijl hij wellicht eerder al op grond van art. 1380 (oud) Cc de door hem ontvangen koopprijs aan de solvent heeft betaald. Dit bedrag kan de accipiënt echter van de solvent terugvorderen op grond van ongerechtvaardigde verrijking, zo wordt in de literatuur meestal aangenomen.¹²⁷ Ook wanneer de accipiënt aan de derde een hoger bedrag heeft moeten betalen dan de koopprijs die hij had ontvangen, bijvoorbeeld omdat de zaak sinds de verkoop in waarde is gestegen,¹²⁸ heeft hij de mogelijkheid dit surplus van de solvent terug te vorderen.

Zo is reeds in de negentiende eeuw meestal aanvaard dat aan de solvent, naast de *condictio* tegen de accipiënt, wél een *rei vindicatio* kan toekomen tegen de derde-bezitter.¹²⁹ In die zin betoogt Marcadé (1810–1854) dat uit het feit dat er een persoonlijke aanspraak is gegeven, nog niet volgt dat er geen zakelijke aanspraak is.¹³⁰ De stelling dat het Romeinse recht in geval van onverschuldigde betaling geen *rei vindicatio* ter beschikking stelde, wijst Marcadé, als advocaat bekend om de ‘vigueur de ses conclusions’,¹³¹ eveneens van de hand:

‘C’est très-vrai; mais on oublie trop souvent que nous ne sommes plus à Rome [...]’.¹³²

De algemeen aanvaarde toekenning van de *rei vindicatio* tegen de derde-verkrijger doet de vraag rijzen waarom zowel Planiol als Aubry en Rau deze actie nog steeds als een ‘action en répétition (de l’indu)’ aanduiden.¹³³ De

126 Baudry-Lacantinerie & Barde, IV, nr. 2845: ‘L’art. 1380 règle les rapports de l’*accipiens* et du *solvens*; il ne se préoccupe nullement des rapports du *solvens* avec les tiers détenteurs; il ne fait donc nul obstacle à l’action en revendication du *solvens*.’

127 Demolombe, XV, nr. 416–21; Baudry-Lacantinerie & Barde, IV, nr. 2845; Planiol & Ripert, VII, nr. 746, p. 34. Afwijzend: Larombière, VII, Art. 1380, nr. 9. Cf. D. 12,7,2 (Ulpianus), *supra*, p. 66, n. 315.

128 Mazeaud & Chabas, II-1, nr. 666-3.

129 Zie ook Demolombe, XV, deel XXXI, p. 120, nr. 415, p. 124: ‘Donc, puisqu’il n’existait pas de dette, le paiement était sans cause; donc, il était nul, et nulle aussi, par conséquent, l’aliénation.’ Demogue, I-III, nr. 119, p. 184, kent de *rei vindicatio* toe tegen de derde-bezitter, en beschouwt de *condictio* als subsidiair ten opzichte van de *rei vindicatio*: ‘Le solvens, s’il s’agit d’un immeuble, aura un double droit. Il pourra le revendiquer aux mains du tiers, mais il peut aussi agir en indemnité contre l’*accipiens*. Mais cette dernière action n’est que subsidiaire, conformément à ce principe général que l’action d’enrichissement n’est donnée qu’à défaut d’une autre.’

130 Marcadé, IV, art. 1380, p. 261: ‘Mais il est bien évident qu’on ne peut pas conclure de ce que la personne est obligée de lui restituer l’immeuble, qu’elle en soit propriétaire, ni de ce que j’ai contre elle un droit personnel que je n’aie pas aussi mon droit réel.’

131 Arabeyre *et al.*, *Dictionnaire*, ‘Marcadé,’ p. 697.

132 Marcadé, IV, Art. 1380 Cc, p. 261.

133 *Supra*, n. 94, 95.

reden hiervan is gelegen in de grote invloed van Pothier. Zoals wij reeds zagen, stelde Pothier dat de onverschuldigde betaling de eigendom deed overgaan, maar kende hij aan de solvent een *rei vindicatio utilis* toe tegen de derde-bezitter die om niet had verkregen ('à titre lucratif'). Over deze leer van Pothier nu merken Aubry en Rau op:

'D'après le droit romain, l'action en répétition de l'indu ne pouvait être dirigée contre les tiers détenteurs. Pothier pensait que ce principe, vrai en général, devait fléchir lorsqu'il s'agissait d'un acquéreur à titre gratuit.'¹³⁴

Aubry en Rau schrijven hiermee aan Pothier de opvatting toe dat de solvent de *condictio* (de 'action en répétition de l'indu') tegen de derde-bezitter zou hebben, maar vergeten hierbij dat Pothier niet de *condictio* op het oog heeft – Pothier kent de *condictio* immers uitsluitend toe tussen solvent en accipiënt, en nooit tegen een derde – maar de *actio utilis in rem*.¹³⁵ In de praktische uitwerking volgen Aubry en Rau echter de opvatting van Toullier – zonder overigens op Toullier een beroep te doen – dat het recht van de accipiënt is bezwaard met een verplichting tot terugbetaling aan de solvent:

'Le droit de propriété de celui qui reçoit un immeuble indûment livré à titre de paiement se trouve, dès l'instant de la réception, restreint ou modifié par une obligation de restitution, qui passe, avec ce droit lui-même, à tous ceux auxquels l'immeuble est transmis.'¹³⁶

Op de onverschuldigd betaalde zaak rust dus, in overeenstemming met de leer van Toullier, een zakelijke last, die het mogelijk maakt om de *condictio* tegen elke bezitter in te stellen die de onverschuldigd betaalde zaak onder zich heeft gekregen.¹³⁷ Anders dan Toullier, wijken Aubry en Rau evenwel niet

134 Aubry & Rau, VI⁵, § 442, p. 317, n. 37; deze opmerking verschijnt voor het eerst in Zachariæ/Aubry & Rau, II², p. 91, n. 17, de Franse vertaling van het handboek die werd bewerkt door Aubry & Rau. Het is opvallend dat Zachariæ zelf in twijfel verkeerde over het karakter van de actie tegen de derde-bezitter. Waar Zachariæ, II², p. 466, n. 3, slechts verwijst naar de actie die Pothier toekent tegen de derde-bezitter, maar niet het karakter van deze actie bespreekt; stelt Zachariæ, II³, p. 466, n. 7, dat een uitzondering bestaat op het principe dat de *condictio* 'nicht aber gegen den dritten Besitzer' kan worden ingesteld, zij het dat Zachariæ hier een uitzondering op toelaat: 'Jedoch dürfte jener Satz eine Ausnahme leiden, wenn eine Liegenschaft wissentlich entweder indebite übergeben oder indebite angenommen worden ist.' Zachariæ, II⁴, p. 555, n. 8, en Zachariæ/Anschütz, II⁵, p. 570, n. 8, keren evenwel terug naar de hoofdregel dat de actie niet tegen de derde kan worden ingesteld, en laten de uitzondering vallen, maar verwijzen enkel nog naar Pothier en Duranton voor de afwijkende opvatting – van een mogelijke *rei vindicatio* tegen de derde wordt niet gesproken.

135 Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti*, nr. 140, *supra*, n. 62.

136 Aubry & Rau, VI⁵, § 442, p. 317, n. 37. Deze leer is gehandhaafd in Aubry & Rau, VI⁷, § 442, nr. 307, n. 37. Zie ook Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 7, n. 21, over deze 'afwijkende mening' van Aubry & Rau en Planiol & Ripert.

137 Planiol & Ripert, VII, nr. 746, p. 34, n. 2, geven aan de solvent de keuze wie hij zal aanspreken.

af van dit beginsel wanneer de derde te goeder trouw is. De erkenning van de zakelijke last maakt het overbodig op Pothiers *actio utilis in rem* terug te vallen, maar geeft aan de *condictio* het karakter van een ‘action mixte,’ waaraan, zoals Larombière het uitdrukt, een ‘mélange’ van zakelijke en verbintenissenrechtelijke aspecten is verbonden.¹³⁸

§ 5.3.6 Slot

De aanvaarding van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht heeft in het Franse recht geleid tot de situatie dat de *rei vindicatio* in beginsel ter beschikking staat van degene die een onverschuldigde betaling heeft verricht; deze actie kan hij tegen de accipiënt instellen, of tegen de derde-bezitter, als die niet bijvoorbeeld op grond van de ‘prescription’ de eigendom heeft verkregen. Daarnaast kan de solvent de *condictio indebiti*, de ‘action en répétition de l’indu,’ instellen tegen de accipiënt. De *condictio* is in het Franse recht dus niet meer per definitie op eigendomsoverdracht gericht. De vraag rijst vervolgens of deze opvatting in het, van de Franse Code civil afgeleide, Nederlands Burgerlijk Wetboek van 1838 is overgenomen.

§ 5.4 NEDERLANDS RECHT ONDER HET OUD BURGERLIJK WETBOEK

§ 5.4.1 Inleiding

In deze paragraaf komt ten eerste de vraag aan de orde of het Nederlandse Oud Burgerlijk Wetboek een wijziging beoogde aan te brengen in het karakter van de *condictio* als een actie die, in het systeem van de Code, met de *rei vindicatio* kon samenlopen (§ 5.4.2). Vervolgens komt de discussie over het titelvereiste aan bod die vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw werd gevoerd en worden de verschillende posities besproken die men kan innemen met betrekking tot het titelvereiste en de *condictio* (§ 5.4.3). Het blijkt dat de *condictio* in de twintigste eeuw in toenemende mate is gezien als een ‘verrijkingsactie’; de vraag rijst vervolgens of de Hoge Raad deze opvatting heeft overgenomen en welke gevolgen deze opvatting heeft voor de samenloop met de *rei vindicatio* (§ 5.4.4). Ten slotte wordt het verband tussen de *condictio* en het titelvereiste nader bezien (§ 5.4.5).

138 Larombière, VII, Art. 1380, nr. 7: ‘L’action en répétition de l’indu, *condictio indebiti*, est, dit-on, une action personnelle, qui ne peut être intentée contre les tiers possesseurs de bonne foi. Non, cette action n’est pas une action personnelle; c’est une action mixte; car on ne peut s’empêcher d’y reconnaître un mélange de réalité et de personnalité. Qu’importe qu’elle ait été purement personnelle sous les principes du droit romain?’

§ 5.4.2 Oud Burgerlijk Wetboek

Van 1811 tot 1838 gold de Code civil in Nederland. Bij het ontwerp van een nieuw wetboek voor het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden zorgde de deelname van de Belgen aan het wetgevingsproces voor een blijvende invloed van de Franse codificatie, die na de Belgische onafhankelijkheid in 1830 niet meer ongedaan werd gemaakt.¹³⁹ Het Oud Burgerlijk Wetboek van 1838 is om die reden in sterke mate door de Code civil beïnvloed. Ook de bepalingen uit de Code civil over de ‘quasi contrats,’ ook wel ‘faits licites’ (‘rechtmatige daden’) genoemd, werden zonder veel aanpassingen in het Burgerlijk Wetboek overgenomen. Het artikel over de onverschuldigde betaling bepaalde:

Art. 1395 OBW: ‘[1] Iedere betaling doet eene schuld vooronderstellen; hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan terug gevorderd worden. [2] Ten opzichte van natuurlijke verbindtenissen, waaraan men vrijwillig voldaan heeft, kan geene terugvordering vallen.’¹⁴⁰

In dit artikel was, zij het met enige modificaties,¹⁴¹ de Romeinsrechtelijke *condictio indebiti* neergelegd.¹⁴² Het artikel maakte, anders dan in de Code, niet langer onderdeel uit van de bepalingen over het tenietgaan van verbintenissen, maar over het ontstaan van verbintenissen uit de wet.¹⁴³ Hiermee werd geen materiële wijziging beoogd in het recht omtrent de onverschuldigde betaling. Zo merkte het Tweede Kamerlid Antoine Barthélémy in 1825 tijdens de beraadslaging over het wetboek op:

‘Le fait licite auquel la loi attache en second lieu une obligation, est celui d’un payement par erreur, de ce qui n’était pas dû. Dans l’un et l’autre cas, on a suivi les principes de l’ancien droit. On a dû d’abord accorder l’action en répétition à celui qui avait payé par erreur.’¹⁴⁴

139 Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 376.

140 Dit was het equivalent van art. 1235 (oud), art. 1302 Cc, *supra*, n. 80.

141 *Supra*, p. 170.

142 Bregstein stelt zelfs dat dit ‘niet voor betwisting vatbaar’ is; zie ook Hofmann/Drion & Wiersma, II, p. 16; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, nr. 420.

143 In het OBW was art. 1395 OBW geplaatst in de titel ‘Van verbindtenissen die uit kracht der wet geboren worden.’ Zie Voorduin, V, p. 77; Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 712. Het OBW legt daarmee, anders dan de Code, niet de nadruk op de intentie van de solvent, maar op het resultaat van zijn prestatie; cf. G. 3,91, *supra*, p. 17, n. 48. Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 712, stelt over deze wijziging: ‘Deze bepaling behoort onmiskenbaar te dezer plaatse vermeld te worden, en men heeft niet kunnen begrijpen, hoe de Franse wetgever dezelve in den titel *van het te niet gaan der verbindtenissen* heeft kunnen plaatsen.’

144 Handelingen Tweede Kamer 1824–1825, 26 januari 1825; Voorduin, V, p. 77–78.

Ook Carel Asser wijdt in zijn vergelijking van het Burgerlijk Wetboek met de Code civil slechts een korte beschouwing aan de onverschuldigde betaling.¹⁴⁵ Een belangrijke wijziging ten opzichte van het Franse recht was wel gelegen in de invoering van een leveringsvereiste.¹⁴⁶ Nu heeft de eigendomsoverdracht 'par l'effet des obligations' in het Franse recht ervoor gezorgd dat de levering niet langer een constitutief vereiste voor overdracht was, hetgeen een titelvereiste impliceerde waarbij de titel obligatoir geldig diende te zijn. Aanvaarding van dit titelvereiste had op haar beurt geleid tot de situatie dat de *condictio* met de *rei vindicatio* kon samenlopen.¹⁴⁷ De vraag rijst daarom of de herintroductie van het leveringsvereiste onder het OBW in omgekeerde zin heeft geleid tot een terugkeer naar een stelsel waarbij de wil van partijen om door middel van de levering eigendom over te dragen, een afdoende titel voor overdracht oplevert. Gevolg daarvan zou dan kunnen zijn dat de *condictio* opnieuw, in overeenstemming met de gemeenrechtelijke leer, in beginsel op eigendomsoverdracht was gericht en niet met de *rei vindicatio* kon samenlopen. Dit blijkt niet het geval te zijn. Nu kan inderdaad voor het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland, dat van 1809–1811 gold,¹⁴⁸ betoogd worden dat de introductie van een leveringsvereiste gepaard was gegaan met erkenning van zo'n subjectief titelvereiste, en was dit zeker het geval met betrekking tot het ontwerp dat Joan Melchior Kemper in 1820 voor een nieuw Burgerlijk Wetboek had gemaakt en waarin een subjectief titelvereiste was opgenomen.¹⁴⁹ Ook voor het Oud Burgerlijk Wetboek is betoogd dat invoering van het leveringsvereiste heeft geleid tot wijziging van het titelvereiste dat onder de Code civil gold. Zo stelt Suijling dat de invoering van het leveringsvereiste een terugkeer naar een sub-

145 Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 712: 'Art. 1395 van het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek bevat den letterlijken inhoud van art. 1235 van het Wetboek Napoleon, vaststellende dat iedere betaling eene schuld doet veronderstellen, en hetgeen onverschuldigd is voldaan, kan worden teruggevorderd met uitzondering der natuurlijke verbindtenissen.' Ook Diephuis, XI, p. 40, wijst op feit dat in het OBW geen afwijking van art. 1235 Cc is beoogd.

146 Art. 639 OBW: 'Eigendom van zaken kan op geene andere wijze worden verkregen, dan door toeëigening, door natrekking, door verjaring, door wettelijke of testamentaire erfopvolging, en door opdragt of levering, ten gevolge van eenen regtstitel van eigendoms-overgang, afkomstig van degenen die gerechtigd was over den eigendom te beschikken.' Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 366, stelt dat hierdoor een 'misslag des Franschen regts' is verbeterd.

147 Zie § 5.3.4, *supra*, p. 184.

148 Asser/Scholten, II, p. 170, stelt echter dat het WNH het 'stelsel van de causa huldigt.' In die zin ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 93–94. Zwolve, *VrA* 6, p. 4–7, stelt evenwel dat de voorwaarde van 'art. 588, 3° WNH: Dat zij [de levering] gedaan worde op grond van eenigen titel, geschikt om eigendom over te dragen,' niet uitsluit dat eigendom ook op grond van een putatieve titel kan overgaan.

149 Zie art. 1016 van het Ontwerp 1820, waarin het leveringsvereiste wordt uiteengezet, en art. 1018, waarin de putatieve titel wordt erkend. Ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 94–95, erkent dat in dit ontwerp 'onmiskenaar' en 'in alle zuiverheid' de abstracte leer is neergelegd.

jectief titelvereiste zou hebben betekend.¹⁵⁰ Toch mag worden aangenomen dat het Oud Burgerlijk Wetboek de levering weliswaar als een extra vereiste voor eigendomsoverdracht erkent, maar het Franse causale stelsel overigens intact heeft gelaten.¹⁵¹

Ook in de literatuur werd deze conclusie getrokken, zoals kan worden afgeleid uit een passage van de *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek* van De Pinto, waarvan de eerste druk in het jaar van de invoering van het Burgerlijk Wetboek verscheen. De Pinto bespreekt de vraag of de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht een actie heeft tegen de derde-bezitter:

‘Kan de eigenaar zijne zaak terugvorderen van den begiftigden derden bezitter, op grond, dat de schenker op hem niet meer regt heeft kunnen overdragen, dan hij zelf had? – Neen, dat regt wordt hem nergens gegeven. Hij heeft alleen eene persoonlijke regtsvordering (*condictio*) tegen hem, aan wien hij onverschuldigd betaald heeft. De begiftigde daarentegen is eigenaar geworden van de zaak, die hij te goeder trouw en krachtens eenen wettigen titel verkregen heeft.’¹⁵²

Net zoals in het Franse recht, waar deze casus voor complicaties had gezorgd,¹⁵³ heeft art. 1399, lid 2 OBW aanleiding gegeven tot verschillende opvattingen omtrent het titelvereiste.¹⁵⁴ Deze verwarring werd veroorzaakt door het feit dat in het nooit ingevoerde Wetboek 1830 aan de regel dat de accipiënt die de onverschuldigd ontvangen zaak aan een derde had geschonken, niets behoefde uit te keren, de zin was toegevoegd: ‘Indien hij de zaak om niet vervreemd heeft, behoeft hij niets terug te geven, en hij die de zaak ontvangen heeft, blijft daarvan eigenaar.’¹⁵⁵ De zin dat de derde-verkrijger eigenaar *blijft*, impliceert een abstract stelsel.¹⁵⁶ In het uiteindelijke

150 Suijling, *Themis* 76, p. 622–23: ‘Toen men in 1838 hier te lande de levering naar de traditie (art. 667 B.W.) en de inschrijving in de openbare registers (art. 671 B.W.) verlegde, knipte men echter tevens den draad tusschen titel en levering door. De eigendomsoverdracht zelve werd daarmee in beginsel onafhankelijk van de geldigheid van den overdrachts-titel.’

151 Aan de betekenis van de ‘regtstitel van eigendoms-overgang’ van art. 639 OBW wordt noch in Voorduin, III, p. 426, noch in Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 366, enige aandacht geschonken.

152 De Pinto/Teixeira de Mattos, II⁶, § 800; ongewijzigd ten opzichte van De Pinto, II¹, § 740. De Pinto verwijst hierbij naar Toullier, die hiermee ‘het tegenovergesteld gevoelen van Pothier’ bestrijdt; zoals wij echter, *supra*, n. 118, zagen, is de reden dat Toullier tot deze uitkomst komt gelegen in een extensieve interpretatie van art. 1380 Cc en gaat Toullier ervan uit dat de onverschuldigde betaling wél eigendom heeft doen overgaan – Toullier spreekt dan ook niet, zoals De Pinto, van het terugvorderingsrecht van de *eigenaar*.

153 Zie § 5.3.5, *supra*, p. 186.

154 Net zoals art. 1380 Cc, bepaalde art. 1399 OBW over deze situatie: ‘[1] Die iets, hetwelk onverschuldigd te goeder trouw door hem ontvangen was, verkocht heeft, kan volstaan met den koopprijs terug te geven. [2] Indien hij de zaak te goeder trouw om niet heeft vervreemd, behoeft hij niets uit te keeren.’ Ook Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*, § 714, constateert geen verschil met de Code civil.

155 Art. 1426 van het BW 1830; Voorduin, V, p. 79.

156 Van Oven, *Praeadvies*, p. 98.

art. 1399 OBW is de bewuste zin weggelaten, omdat, zoals de memorie van toelichting uit 1833 duidelijk maakt,

‘het vraagstuk, of de begiftigde in zoodanig geval al of niet eigenaar van het geschonkene blijft, niet tot *dezen* titel behoort, maar, volgens de regelen van den derden Titel des tweeden Boeks, handelende van de reïvindicatie en de gevolgen daarvan, moet worden beoordeeld.’¹⁵⁷

Hoewel de bewuste zin in de uiteindelijke wetstekst van het OBW was weggelaten, gaf de geschiedenis van het ontwerp aanleiding voor zowel de stelling dat het OBW nog steeds de abstracte leer huldigde,¹⁵⁸ als de stelling dat het verwijderen van deze zin juist een teken was dat de ‘pogingen’ om het abstracte stelsel aanvaard te krijgen waren mislukt en dat ‘het gedurende vele jaren werken met den Code Civil de causale levering hier wortel had doen schieten.’¹⁵⁹ De voorwaarden van eigendomsoverdracht dienden onafhankelijk van de *condictio* te worden behandeld.¹⁶⁰ Om deze reden ontzegt De Pinto aan de solvent een actie tegen de derde-bezitter. Uit het feit dat De Pinto spreekt over de *eigenaar* die zijn zaak onverschuldigd heeft betaald, blijkt dat de onverschuldigde betaling kennelijk niet tot overdracht heeft geleid; de *rei vindicatio* wordt evenwel afgewezen omdat de derde de eigendom vanwege zijn goede trouw, op originele wijze, heeft verworven.¹⁶¹ De ‘regstittel van eigendomsovergang’ diende dus, net zoals in het Franse recht, obligatoir geldig te zijn. Ook al kende het Nederlandse recht niet langer de regel dat eigendomsoverdracht plaatsvond ‘par l’effet des obligations,’ toch bleef het resultaat van dit consensuele stelsel, de eis dat de obligatoire leveringstitel obligatoir gezien geldig diende te zijn, aanvankelijk in Nederland gehandhaafd. Dit was de *communis opinio* gedurende de periode na de invoering van het OBW en een groot deel van de negentiende eeuw.¹⁶² Dit uitgangspunt is echter niet onbestreden gebleven: in de negentiende eeuw ontstond alsnog discussie over de vraag of het Burgerlijk Wetboek een causaal dan wel een abstract stelsel huldigde. Zoals sinds het *ius commune* het geval is geweest, was de vraag naar het titelvereiste opnieuw nauw verbonden met de vraag of de *condictio* op eigendomsoverdracht was gericht.

157 Voorduin, V, p. 80–81. Meijers, WPNR 2452–56, nr. 2, VPO II, p. 87, stelt dat niet de gevolgen, maar de *gronden* van de *rei vindicatio* zijn bedoeld.

158 Meijers, WPNR 2452–56, nr. 2, VPO II, p. 87.

159 Van Oven, *Praeadvies*, p. 93.

160 In deze zin ook: Meijers, WPNR 2452–56, nr. 2, VPO II, p. 87; Diephuis, XI, p. 68; Völlmar, III, p. 292.

161 Op grond van art. 2014 OBW, *supra*, n. 78.

162 Zie Salomons, 2014 tot 1950, p. 269. Van Oven, *Praeadvies*, p. 93–99, betoogt dat in het ontwerp van 1823, waarin de ‘regstittel’ in art. 639 werd geformuleerd, het causale stelsel werd gehandhaafd. Hij baseert zich hierbij op een vergelijking met de vereisten die in het WNH aan eigendomsoverdracht werden gesteld.

§ 5.4.3 Oud Burgerlijk Wetboek; discussie over titel en *condictio*

Net zoals bij de bespreking van het Duitse en Zwitserse recht het geval was, zijn bij de samenloop van de *rei vindicatio* en de *condictio* twee vragen van belang. Ten eerste: is de *condictio* op eigendomsoverdracht gericht? En ten tweede: dient een titel al dan niet obligatoir geldig te zijn; ofwel: geldt een causaal of een abstract stelsel van eigendomsoverdracht? Hieruit volgt dat in theorie vier verschillende opvattingen kunnen worden verdedigd, en het blijkt dat in het debat onder het Oud Burgerlijk Wetboek elke mogelijke positie is betrokken. Zo is het ten eerste mogelijk om een causaal stelsel te verdedigen, en de *condictio* te beschouwen als een vordering die niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, en die daarom met de *rei vindicatio* kan samenlopen. Diephuis en Land zijn de belangrijkste vertegenwoordigers van deze opvatting; zie onder I in het onderstaande overzicht. Daarnaast heeft ook het subjectieve titelvereiste (opnieuw) aanhangers gevonden, waaronder Opzoomer en Suijling. Zij baseren hun argumentatie in belangrijke mate op de stelling dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht; zie onder II. Ook Meijers heeft dit subjectieve titelvereiste verdedigd, zonder evenwel een beroep te doen op dit, op de *condictio* gebaseerde, argument. Meijers kent dus, evenmin als Diephuis, aan de *condictio* invloed toe bij de bepaling van het titelvereiste. Meijers' aanvaarding van een abstract stelsel leidt er evenwel toe dat samenloop met de *rei vindicatio* zich volgens zijn leer zich in principe niet zal voordoen; zie onder III. Tot slot heeft, onder invloed van de dissertatie van Bregstein, het argument ingang gevonden dat de *condictio* een voorbeeld is van de 'verrijksactie.' Het lijkt dat de *condictio* volgens deze opvatting, net zoals in de abstracte leer van Opzoomer, wordt beschouwd als een vordering die op eigendomsoverdracht is gericht, zodat samenloop ook hier is uitgesloten. Het begrip 'verrijking' laat echter ruimte voor meer interpretaties; zie onder IV. Samengevat kunnen deze opvattingen als volgt worden weergegeven:

	<i>Causaal stelsel</i>	<i>Abstract stelsel</i>
<i>Vordering uit onverschuldigde betaling niet op eigendomsoverdracht gericht</i>	I, p. 201: Diephuis (1888), Land (1907), Van Oven (1924, 1933), Völlmar (1952), TM Afd. 6.4.2 NBW (1961), Hamaker (1971)	III, p. 206: Meijers (1916, 1918)
<i>Vordering uit onverschuldigde betaling wel op eigendomsoverdracht gericht</i>	IV, p. 208: Bregstein (1927, 1948), Asser/Rutten (1954), Hofmann/Drion & Wiersma (1959)	II, p. 203: Opzoomer (1879), Pekelharing (1897), Suijling (1925, 1940)

I. Causaal stelsel; condictio beoogt geen eigendomsoverdracht

Gerhardus Diephuis (1817–1892) en Nicolaas Karel Frederik Land (1840–1903) aanvaarden, in overeenstemming met het Franse recht onder de Code civil, een causaal stelsel van eigendomsoverdracht. Opnieuw is het de casus waarbij een zaak door de accipiënt van een onverschuldigde betaling aan een derde is doorgeleverd, die aanleiding geeft tot de vraag naar de invulling van het titelvereiste. Diephuis stelt de vraag of de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, zijn zaak onder de derde-bezitter kan revindiceren. Om die vraag te beantwoorden moet eerst worden vastgesteld of de onverschuldigde betaling tot eigendomsoverdracht heeft geleid:

‘En nu komt het dus voornamelijk aan op de vraag, of betaling zonder schuld al of niet eene wijze van eigendomsverkrijging is; en die vraag moet voor ons regt naar de bepalingen van onze wet beoordeeld worden. Daarvoor hebben wij te letten op art. 639, en wel op de wijze die daar in de laatste plaats genoemd wordt, en te vragen, of we hier hebben eene opdracht of levering ten gevolge van – of in verband met – een regttitel van eigendomsovergang. Zonder twijfel hebben wij die bij een werkelijke betaling; nevens het feit der afgifte of levering staat hier de afdoening der schuld door overdracht van het verschuldigde, waaraan de levering hare beteekenis ontleent. Doch zoo is het niet bij eene betaling zonder schuld, waarbij dus datgene ontbreekt, wat voor eene betaling verondersteld wordt, en zonder ‘twelk er geene werkelijke betaling plaats hebben kan.’¹⁶³

Uit deze passage blijkt dat Diephuis een causaal stelsel aanhangt; bij een ‘betaling zonder schuld’ vindt er immers geen ‘werkelijke betaling plaats’ zodat er geen ‘regttitel voor eigendomsoverdracht’ is. Aangezien de accipiënt door de onverschuldigde betaling geen eigenaar geworden is, heeft hij aan een derde geen recht kunnen overdragen, zodat de solvent zijn zaak van deze derde revindiceren:

‘En zoo bestaat er dus van dien kant geen beletsel tegen eene revindicatoire vordering, en moet deze niet in het algemeen ontzegd worden aan dengene, die tot betaling iets heeft afgegeven zonder het schuldig te zijn.’¹⁶⁴

Kent Diephuis naast de *rei vindicatio* tegen de derde ook een *condictio* toe tegen de accipiënt? Dit blijkt het geval te zijn:

163 Diephuis, XI, p. 69. Zie over de causale opvatting van Diephuis ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 86–87.

164 Diephuis, XI, p. 69. Diephuis aanvaardt dat voor roerende goederen ‘eene zeer belangrijke en zeker de meeste gevallen uitsluitende beperking’ geldt vanwege de regel op grond van art. 2014 OBW bezit als volkomen titel geldt. Revindiceren zal dan niet mogelijk zijn. Zie over deze ‘leer van Diephuis’: Salomons, *2014 tot 1950*, p. 94–97.

‘Vraagt iemand nu, waarom de wet in art. 1398 en v. van de regten van den betaler tegenover den ontvanger spreekt, wanneer gene ook een regt van terugvordering heeft tegenover dengene aan wien de zaak is vervreemd, althans mede voor dat geval, dan moge hij bedenken, dat deze vordering gegrond moet zijn op eigendom, waarvan het bewijs wel eens moeilijk of niet te leveren kan zijn. En vraagt men, of dan nu de betaler en tegenover den ontvanger en tegenover den derde zijn regt kan doen gelden, dan zal het antwoord wel moeten zijn, dat hij dat kan, maar na zijn doel tegen den een bereikt te hebben, niet ook nog tegen den anderen kan optreden.’¹⁶⁵

De solvent kan zijn zaak onder de derde-bezitter revindiceren, maar heeft bovendien de beschikking over de *condictio* tegen de accipiënt. Diephuis vat de *condictio* dus niet op als een vordering die per definitie op eigendoms-overdracht is gericht.¹⁶⁶ Gevolg van deze leer is dat beide vorderingen kunnen concurreren, in welk geval Diephuis aan de solvent de keuze laat op grond van welke vordering hij wenst te procederen. Beide vorderingen staan daarmee in een alternatieve verhouding: wanneer de solvent op grond van de ene vordering heeft geprocedeerd, komt de andere vordering te vervallen, omdat de eiser ‘zijn doel’ heeft bereikt. Deze oplossing roept overigens wel de vraag in het leven wat het gevolg is voor het eigendomsrecht van de solvent wanneer hij succesvol op grond van de *condictio* zal hebben geprocedeerd. Het is moeilijk te geloven dat de solvent volgens Diephuis op dat moment zijn eigendomsrecht zal hebben verloren.¹⁶⁷

Ook Land werpt de vraag op naar de concurrentie tussen beide vorderingen:

‘Zal hij, die eene niet verschuldigde zaak voldeed, den eigendom hebben verloren, of zal hij, eigenaar gebleven zijnde, naast de rechtsoverdracht van artt. 1395 v. tegen den ontvanger, ook nog eene revindicatie tegen iederen houder kunnen instellen?’¹⁶⁸

Land geeft het voorbeeld van een erfgenaam die een onroerende zaak aan een vermeende legataris heeft betaald; hij stelt dat de solvent de *rei vindicatio* behoudt ‘tegen volgende houders van het goed’ en kiest daarmee, evenals Diephuis, voor een causaal stelsel.¹⁶⁹ Kenmerkend voor de leer van Diephuis en Land is dat de vordering van art. 1395 OBW aan de solvent ter beschik-

¹⁶⁵ Diephuis, XI, p. 71.

¹⁶⁶ Diephuis, XI, p. 49, omschrijft het gevolg van een onverschuldigde betaling in goederenrechtelijk-gezien neutrale wijze als de verplichting tot ongedaanmaking, ‘die medebrengt, dat, hetgeen is afgegeven, teruggevorderd kan en teruggegeven moet worden.’

¹⁶⁷ De oplossing van dit probleem ligt voor de hand; die van Pomponius in D. 47,2,9,1, *supra*, p. 58, n. 280, in het bijzonder vanaf p. 64.

¹⁶⁸ Land, IV, p. 301–302.

¹⁶⁹ Land, IV, p. 303. Ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 91, waarover *infra*, n. 255, verdedigt de causale leer en houdt het, net zoals Diephuis en Land, voor mogelijk dat de *condictio* naast de *rei vindicatio* bestaat; in deze zin ook Asser/Scholten, II, p. 167.

king staat, ongeacht de vraag of de onverschuldigde betaling met overdracht gepaard is gegaan. Nu dat niet het geval blijkt te zijn, leidt dit tot samenloop tussen beide vorderingen. Een verschil tussen de leer van Diephuis en Land is slechts gelegen in een verschillende interpretatie van art. 2014 OBW, op grond waarvan de derde, wiens bezit als 'volkomen titel' geldt, eigendom kan verkrijgen.¹⁷⁰ Waar Diephuis stelt dat het bezit slechts een volkomen titel oplevert in het geval iemand het bezit 'voor zich, als het zijne' heeft,¹⁷¹ zodat de solvent een roerende zaak nog steeds zal kunnen opvorderen van degene die het voor de accipiënt is gaan houden, zoals de bruiklener, stelt Land dat art. 2014 OBW in dit geval ook aan de houder bescherming biedt.¹⁷² Volgens de leer van Land zal de *rei vindicatio* dus in een groter deel van de gevallen zijn afgesneden.¹⁷³

II. Abstract stelsel; *condictio* beoogt eigendomsoverdracht

Tegen het eind van de negentiende eeuw kwam het causale stelsel evenwel ter discussie te staan. Zo neemt de tijdgenoot en tegenpool van Diephuis, Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892),¹⁷⁴ afstand van de causale leer. In *Het Burgerlijke Wetboek verklaard* uit 1891 bespreekt Opzoomer de passage waarin Toullier het vereiste van een obligatoir geldige titel verdedigt:¹⁷⁵

'Het begrip der *justa causa* is in deze beschouwing geheel verkeerd opgevat. Die *justa causa* toch is niets anders dan de wil van den eigenaar, om den eigendom der zaak over te dragen.'¹⁷⁶

Opzoomer keert terug naar de leer van Pothier waarbij eigendom overgaat op grond van de wil van de eigenaar om door middel van de levering eigendom over te dragen, ook wanneer de obligatoire rechtstitel die tot eigendomsoverdracht verplicht, ongeldig is.¹⁷⁷ Deze leer vormde de basis voor Savigny's opvatting dat de levering een 'zakelijke overeenkomst' is,¹⁷⁸ die in het BGB werd opgenomen. Als gevolg van deze ontwikkeling in Duits-

170 *Supra*, n. 78.

171 Diephuis, XI, p. 70.

172 Land, IV, p. 303, n. 1.

173 Zie hierover Salomons, 2014 tot 1950, p. 172-74.

174 Lokin, *Diephuis & Opzoomer*, p. 25 sq.

175 Zoals wij zagen bevat het werk van Toullier verschillende, soms tegenstrijdige, opvattingen zodat een auteur, naar gelang het standpunt dat hij wenst bij of af te vallen, naar een passage naar keuze kan verwijzen; in dit geval wenst Opzoomer afstand te nemen van de leer dat een titel obligatoir gezien geldig moet zijn, en beroept hij zich op Toullier, XI, nr. 58, *supra*, n. 99.

176 Opzoomer, VI, p. 225. Zie voor het verschil in uitleg van het titel-vereiste tussen Diephuis en Opzoomer: Zwolve, *Diephuis & Opzoomer*, p. 48-50.

177 *Supra*, n. 59. Deze opvatting vindt men ook bij Toullier, *supra*, n. 109.

178 Zie over dit 'dinglicher Vertrag' bij Savigny, *System* III, p. 312, *supra*, p. 142, n. 14. Zie over de Savigny en de Historische School, *supra*, p. 153, n. 73. Zie over dit debat: Salomons, 2014 tot 1950, p. 265-285; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 198.

land kwam het abstracte stelsel ook in Nederland in de belangstelling te staan.¹⁷⁹ Hierbij was opnieuw een belangrijke rol weggelegd voor het aloude argument dat het bewijs dat eigendom ook op grond van een putatieve titel overgaat gelegen is in het bestaan van de *condictio indebiti*.¹⁸⁰ Zo stelt Opzoomer dat art. 1395 OBW slechts van toepassing is wanneer 'eenig goed [...] uit het vermogen van den een door diens wil [is] overgebracht in dat van den ander.'¹⁸¹ Opzoomer grijpt terug op het Romeinse recht en beschouwt het daarom als vanzelfsprekend dat een onverschuldigde betaling altijd tot eigendomsoverdracht leidt:

'Men heeft er over gestreden, hoe zonderling mij die strijd ook voorkomt, of degeen, die het onverschuldigd betaalde ontvangt, er eigenaar van wordt. Hoe men zelfs voor het Romeinsche recht het tegendeel kon beweren, is mij een raadsel. Werd de ontvanger geen eigenaar, waarom had dan de betaler geen rei vindicatio? En hoe kon er aan een condictio gedacht worden, als er geen eigendomsoverdracht was voorafgegaan?'¹⁸²

Het feit dat de *condictio* aan de solvent die onverschuldigd heeft betaald ter beschikking wordt gesteld, vormt voor Opzoomer het bewijs dat de onverschuldigde betaling eigendom heeft doen overgaan. Dit betoog verschilt in niets van dat van de glosse waarin Accursius een putatieve titel geschikt acht voor eigendomsoverdracht.¹⁸³ Hieraan ten grondslag ligt de opvatting dat de beschikbaarheid van de, op eigendomsoverdracht gerichte, *condictio* onverklaarbaar zou zijn wanneer de onverschuldigde betaling niet tot overdracht zou hebben geleid.¹⁸⁴ *Condictio* en *rei vindicatio* sluiten elkaar volgens deze opvatting dus over en weer uit. De mate van vanzelfsprekendheid waarmee Opzoomer dit standpunt verdedigt, wordt slechts overtroffen door Suijling, die in 1915 in *Themis* opmerkt:

'Het eenige recht, dat de vervreemder aan de bij vergissing geschiede levering ontleent, is een persoonlijke aanspraak op terugbetaling. Het ten onrechte geleverd goed is eens en vooral in het vermogen van den verkrijger overgegaan.

179 In die zin ook: Van Oven, *Praeadvies*, p. 85–86.

180 Hofmann, *Zakenrecht*, p. 217, 221.

181 Opzoomer, VI, p. 224.

182 Opzoomer, VI, p. 224; dit geldt volgens Opzoomer voor het Romeinse als voor het Nederlandse recht.

183 Zie dit argument in de glosse 'Iusta causa,' *supra*, p. 100.

184 Pekelharing, *Terugvordering*, p. 126: 'Deze mening [dat een subjectief titelvereiste geldt], die vóór heeft, dat zij het stelsel der condicties niet tot iets onverklaarbaars stempelt, is ook door onzen wetgever gehuldigd.' In overeenstemming hiermee kiest Pekelharing, p. 118, in de discussie over de vraag of zich bij een *dissensus in causa* overdracht voordoet voor de, op de opvatting van Julianus gebaseerde, leer dat eigendom ook bij een *dissensus in causa* overgaat: 'Een zeer krachtig argument tegen de eerste betekenis van *iusta causa traditionis* [te weten de betekenis die voortvloeit uit D. 12,1,18 *pr.* van Ulpianus, *supra*, p. 87, n. 427] ligt in het bestaan der *condictiones*.'

Aldus drukken zich de artt. 1395 vlg. B. W. met ondubbelzinnige duidelijkheid uit.¹⁸⁵

In 1917 heeft ook de Hoge Raad, in het arrest *Hermans/Pieters*, althans wat betreft de cessie van vorderingen, gekozen voor het abstracte stelsel en zich bij het betoog van Opzoomer en Suijling aangesloten.¹⁸⁶

In deze zaak had Hendrik Pieters een bedrag van f 4000 bij de Twentsche Bank-vereiniging in bewaring gegeven en de vordering op de bank gecedeerd aan mejuffrouw Hermans, naar Hermans beweerde ter verrekening met een vordering uit geldlening die zij op Pieters zou hebben. De erven van Pieters hadden de in bewaring gegeven gelden van de bank opgevorderd, maar de bank had afgifte geweigerd omdat ook Hermans aanspraak maakte op dit bedrag. In rechte vorderde Hermans van de bank afgifte van de gelden en beriep zich hierbij op een door Pieters ondertekende akte die de cessie zou bewijzen. De erven van Pieters ontkenden evenwel de echtheid van dit stuk. De rechtbank had Hermans toegelaten bewijs van de echtheid te leveren, maar het Hof vernietigde deze uitspraak en veroordeelde de bank tot uitkering aan Pieters. Aan dit arrest legde het Hof de opvatting ten grondslag dat de akte geen bewijs opleverde van overdracht van de vordering, nu voor overdracht 'eene bepaalde rechtshandeling van het maatschappelijk verkeer' is vereist. Het Hof achtte een geldige titel noodzakelijk voor cessie van een vordering en huldigde hiermee het causale stelsel.

In cassatie ging het om de vraag of de 'regtstitel van eigendomsovergang' die volgens art. 639 OBW voor overdracht was vereist, een geldige overeenkomst impliceerde. Procureur-Generaal Noyon stelt, na een rechtshistorische beschouwing over het Rooms-Hollandse recht, dat 'de titel juist niet met het oogmerk tot overdracht van eigendom vereenzelvigd mag worden,' maar dat de titel 'bestaat in eene geldige overeenkomst, de geldigheid der levering beheerschende.'¹⁸⁷ De Hoge Raad overweegt dat de regel dat een betaling een schuld doet veronderstellen, meebrengt dat de bewijslast van de afwezigheid van deze schuld op de solvent rust. Zelfs indien de solvent aan deze bewijslast voldoet, verhindert dit volgens de Hoge Raad niet dat de betaling toch eigendom doet overgaan. De Hoge Raad neemt hiermee afstand van de causale leer van Noyon. De Hoge Raad overweegt, zelfs zonder daar toe geroepen te zijn door het cassatiemiddel:¹⁸⁸

185 Suijling, *Themis* 76, p. 621. Ook in zijn *Inleiding tot het Burgerlijk Recht* (over welk handboek Scholten in 1919 opmerkt: 'Van de gewone citaten vindt men niets, van Diephuis of Opzoomer, van Franschen of Duitschers wordt niet gesproken'), volhardt Suijling, V, p. 265–266, in deze stelling: 'De onverschuldigd betaalde zaak kan worden teruggevorderd. Er moet dus onverschuldigd kunnen worden betaald.'

186 HR 13 april 1917, *NJ* 1917, 534, *W* 10106, *WPNR* 2513, p. 96 sq. (*Hermans/Pieters c.s. en Twentsche Bankvereiniging*; m.nt. E.M. Meijers).

187 Op deze historische beschouwing van Noyon is kritiek mogelijk; zie Van Oven, *Praeadvies*, p. 75, 90.

188 Het cassatiemiddel zag enkel op de vraag wie de niet-verschuldigdheid van de betaling diende aan te tonen.

‘[D]at bovendien, al ware aangetoond, dat door Pieters onverschuldigd verrekend, dus onverschuldigd betaald was, het gevolg dier onverschuldigde betaling wel zoude zijn, dat Mej. Hermans volgens art. 1395 B.W. aan de erven Pieters had terug te geven hetgeen zij van de Twentsche Bank op de aan haar overgedragen vordering mocht hebben ontvangen, doch dat desniettegenstaande de eigendom der vordering tegen de Twentsche Bank op haar was overgegaan, in welken ongerechtvaardigden eigendomsovergang juist de persoonlijke vordering van hem, die eenige zaak onverschuldigd betaalde, tegen hem, die ze onverschuldigd ontving, haren grondslag vindt.’

Dát er overdracht heeft plaatsgevonden, leidt de Hoge Raad vervolgens af uit het bestaan van de vordering uit onverschuldigde betaling:

‘[...] uit de artt. 1395–1400 B. W. volgt, dat de betaling zelve is een rechtsgeldige titel van eigendomsovergang, onafhankelijk van de geldigheid of ongeldigheid van de aan die betaling ten grondslag liggende rechtshandeling.’¹⁸⁹

De overwegingen van de Hoge Raad vormen zodoende een cirkelredenering: de beschikbaarheid van de *condictio* wordt afgeleid uit het feit dat de ‘eigendom der vordering’¹⁹⁰ is overgegaan, terwijl de stelling dat eigendom is overgegaan op haar beurt, evenals bij de glosse het geval was geweest,¹⁹¹ steunt op de codificatie van de *condictio* in art. 1395 OBW.¹⁹²

III. *Abstract stelsel; condictio beoogt geen eigendomsoverdracht*

In zijn annotatie onder het arrest *Hermans/Pieters* bekritiseert Meijers het betoog dat de Hoge Raad heeft gebracht tot aanvaarding van het abstracte stelsel. Het argument dat uit art. 1395 OBW volgt dat ook de onverschuldigde betaling ‘een rechtsgeldige titel van eigendomsovergang’ is, is volgens Meijers ongeldig, nu dit artikel rechtstreeks afkomstig is uit de Code civil, terwijl in het kader van art. 711 Cc¹⁹³ wél een geldige titel wordt vereist.¹⁹⁴ Meijers acht het daarom ‘onwaarschijnlijk, dat met de artt. 1395 en vlg. ooit bedoeld is te zeggen, dat iedere betaling, ook de onverschuldigde, den eigen-

189 Meijers, *WPNR* 2513, p. 99, stelt in zijn annotatie dat de Hoge Raad de tot dan toe heersende leer, dat met de rechtstitel die voor eigendomsoverdracht wordt verlangd, een geldige rechtshandeling wordt bedoeld, heeft verlaten.

190 Tegenwoordig wordt de term eigendom voorbehouden voor het recht dat men op een stoffelijk object heeft en zou eenvoudig van de cessie van de vordering worden gesproken.

191 In die zin ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 83: ‘De Hoge Raad [...] aanvaardde Suyling’s meening, steunend op diens argument, wat niet anders was dan het argument dat sedert Azo en Accursius aan de abstracte opvatting tot hechtsten pijler had gediend.’

192 Wittewaall, *WPNR* 2482, p. 343, stelt dat de oplossing van de Hoge Raad ‘doelloos omslachtig’ is, omdat de bank aan Hermans moet betalen, en de erven Pieters vervolgens tegen Hermans moeten procederen.

193 *Supra*, n. 75.

194 Meijers, *WPNR* 2513, p. 99–100.

dom doet overgaan.' Meijers stelt, in overeenstemming met de heersende leer bij de invoering van het OBW,¹⁹⁵ dat de *condictio* geen argument oplevert voor de invulling van het titelvereiste:

'Met den inzender¹⁹⁶ ben ik het geheel eens, dat uit art. 1395 B.W. geenszins volgt, dat de aldaar genoemde vordering een zakelijke terugvorderingsactie uitsluit. Het zwaartepunt der vraag of de eigendom is overgegaan, ligt voor mij in art. 639 B.W.; art. 1395 B.W. staat daarbuiten. De vraag dus of na de vervulling der ontbindende voorwaarde, het reeds gegevene ex art. 1395 B.W. kan teruggevorderd worden, beslist m.i. niets voor de vraag of dit gegevene ook gerevindiceerd kan worden.'¹⁹⁷

Ook in zijn opstel *Levering en Rechtstitel* uit 1916–1917 neemt Meijers afstand van dit argument, deze keer in reactie op het betoog van Suijling:¹⁹⁸

'Voor Suijling drukken de artt. 1395 vlg. B.W. met *ondubbelzinnige duidelijkheid* uit, dat het ten onrechte geleverde goed eens en vooral in het vermogen van den verkrijger is overgegaan. [...] Voor mij is het echter even ondubbelzinnig, dat de artt. 1395 vlg. B.W. dit niet zeggen. Immers ook de niet-eigenaar, die ten onrechte betaald heeft, heeft de vordering van art. 1395 B.W. Deze vordering steunt slechts op het feit, dat men betaald heeft zonder schuldenaar te zijn en *strekt tot het terugbekomen der zaak met behulp van een persoonlijke actie*. Waarom kan de persoonlijke vordering, gegrond op onverschuldigde betaling niet samenlopen met een zakelijke vordering tot teruggave, indien de vermeende schuldenaar eigenaar der in betaling gegeven zaak was?'¹⁹⁹

Tegenover het standpunt van Suijling stelt Meijers dat ook een niet-eigenaar die een onverschuldigde betaling heeft verricht, over de *condictio* beschikt. Nu de betaling, noch de ongedaanmaking van deze betaling, met eigendomsoverdracht gepaard gaat, kan dus niet gezegd worden dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Hiermee ontvalt de basis aan het argument dat uit het bestaan van de *condictio* een subjectief titelvereiste kan worden afgeleid.²⁰⁰ Dit neemt overigens niet weg dat Meijers de abstracte leer waartoe de Hoge Raad besluit wel degelijk 'toejuicht.'²⁰¹ Meijers doet ter onderbouwing van het abstracte stelsel nadrukkelijk *geen* beroep op het op de *condictio* gestoelde argument van de glosse, maar verwijst ter onderbouwing van deze leer naar het ontwerp dat Kemper voor

195 *Supra*, n. 157.

196 Waldorp, *WPNR* 2535, p. 347–48.

197 Meijers, *WPNR* 2535, p. 349.

198 *Supra*, n. 185.

199 Meijers, *WPNR* 2452–56, *VPO* II, p. 81.

200 Ook Asser/Scholten, II, p. 167, stelt over het argument van Suijling: 'dit argument houdt stellig geen steek. [...] Art. 1395 vlg. zijn aan den Code ontleend; deze heeft, naar niemand betwist, het causale stelsel. Op grond van hun oorsprong reeds kunnen zij nooit worden aangevoerd ten bewijze der bewering, dat de wet dat stelsel verwerpt.'

201 Meijers, *WPNR* 2513, p. 99.

het Burgerlijk Wetboek had gemaakt.²⁰² Omdat het recht sinds het ontwerp-Kemper niet zou zijn gewijzigd, zou ook het OBW 'de geldigheid der levering in geval van een onvolkomen titel' erkennen.²⁰³ Van Oven heeft hier tegen, terecht, opgemerkt dat het ontwerp van Kemper nooit tot wet was verheven en daarom slechts een poging vormt tot invoering van een abstract stelsel.²⁰⁴

De *condictio* zal, vanwege de abstracte leer die Meijers voorstaat, in de praktijk wel op retro-overdracht zijn gericht, zodat samenloop met de *rei vindicatio* zich in veel geringere mate zal voordoen dan wanneer men, met Diephuis en Van Oven, een causaal stelsel aanvaardt. Een van de weinige gevallen waarin zich tóch samenloop kan voordoen is dat waarin de eigendomsoverdracht wordt verhinderd vanwege de beschikkingsonbevoegdheid van de solvent. In dit geval zal zich samenloop kunnen voordoen tussen de *condictio* en de *rei vindicatio*, waarbij beide acties aan verschillende personen ter beschikking staan. Ook Meijers spreekt van de *condictio* van 'de niet-eigenaar, die ten onrechte betaald heeft.' Hoewel Meijers dit verband niet legt, is dit precies het geval waarin Paulus de *condictio possessionis* ter beschikking stelt aan de solvent die onverschuldigd het bezit van andersmans zaak heeft verschaft.²⁰⁵ Zo zien wij dat de leer van Meijers met die van Diephuis overeenstemt in die zin dat hij de *condictio* voor samenloop met de *rei vindicatio* geschikt acht, maar dat hij met Diephuis van mening verschilt omtrent het titelvereiste.

IV. Causaal stelsel; *condictio* beoogt eigendomsoverdracht

Twee ontwikkelingen hebben de uitgangspunten van Meijers, met betrekking tot zowel de abstracte invulling van het titelvereiste als de op eigendomsoverdracht gerichte *condictio*, doen kantelen. Ten eerste heeft de Hoge Raad in 1950 in het arrest *Damhof/Staat* uit de in art. 639 OBW gestelde eis van een 'regtstitel' afgeleid 'dat de levering den verkrijger alleen dan eigenaar maakt, indien zij plaats heeft krachtens geldigen titel.' Hiermee besliste hij definitief in het voordeel van de causale leer.²⁰⁶ Ook Meijers heeft zich met de causale leer weten te verzoenen en deze als uitgangspunt genomen voor zijn ontwerp van het nieuwe wetboek.²⁰⁷ Daarnaast heeft Bregstein in zijn

202 Meijers, WPNR 2452–56, VPO II, p. 86. Het ontwerp 1820, waarover reeds *supra*, n. 149, vereiste volgens Meijers dat de tradent 'bij de levering in de meening [moest] verkeerden, dat [de levering] geschiedde krachtens een rechtshandeling als koop, ruil of schenking, die eigendomsoverdracht ten doel heeft.' Bij het ontwerp van het Burgerlijk Wetboek zou de Staatscommissie volgens Meijers, WPNR 2853, VPO II, p. 134–35, niet van het Ontwerp 1820 hebben afgeweken.

203 Meijers, WPNR 2853, VPO II, p. 134; in deze zin reeds WPNR 2452–56, VPO II, p. 86–87.

204 Van Oven, *Praeadvies*, p. 95; zie ook Asser/Scholten, II, p. 171.

205 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

206 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (*Damhof/Staat*; m.nt. D.J. Veegens); zie reeds HR 9 februari 1939, NJ 1939, 865 (*Woldijk/Nijman*; m.nt. E.M. Meijers).

207 Meijers, WPNR 4187, VPO II, p. 169 sq.

dissertatie uit 1927, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, het bestaan van een algemene verrijkingsvordering bepleit.²⁰⁸ Ook de vordering uit onverschuldigde betaling kan volgens Bregstein onder deze verrijkingsvordering worden geschaard:

‘Wij mogen dus aannemen, dat inderdaad voor de actie uit onverschuldigde betaling geen andere rechtsgrond dan de plaatsgevonden verrijking is aan te voeren, en dat dus de reeds in de traditie en wetshistorie te vinden opvatting in overeenstemming is met hetgeen de juridische logica ons leert.’²⁰⁹

Wat is het gevolg van de koppeling van de onverschuldigde betaling aan de verrijkingsvordering? Ter beantwoording van deze vraag is de passage van belang waarin Bregstein het ‘omstreden punt’ behandelt of eigendom overgaat op grond van een onverschuldigde betaling. Bregstein kiest hierbij, zij het met enige aarzeling, voor de causale leer:

‘Mij komt de meening van Prof. Scholten juist en ook meer in overeenstemming met het wezen der rechtsorde “na de scheydinge der eygdommen.” Immers, evengoed als uit het eigendomsrecht de actie uit verrijking volgt, *indien* de waarde zonder rechtvaardigingsgrond in de eigendom van een ander is overgegaan, volgt er uit, dat dit niet zonder rechtvaardigingsgrond in dat van een ander mag overgaan.’²¹⁰

Bregstein stelt, op cryptische wijze, dat de causale leer van Scholten ‘in overeenstemming is’ met de stelling van Grotius dat de ‘verbintenis uit baet-trekking’ is gerechtvaardigd ‘na de scheydinge der eygdommen.’²¹¹ Het betoog dat als de verrijkingsvordering is gerechtvaardigd op het moment van een overgang van een waarde zonder rechtvaardigingsgrond, dit een argument oplevert voor het causale stelsel, is echter onduidelijk. Bregstein leest daarmee in de woorden van Grotius de erkenning van een vereiste van een obligatoir geldige titel, die daar niet in kunnen worden gelezen.²¹²

208 Zie reeds *supra*, n. 21. Zie over de leer van Bregstein: Hamaker, *Onverschuldigde betaling*, p. 31–34; Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, p. 12; Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 39–44.

209 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 150. Ook in 1948 verdedigt Bregstein, *WPNR* 4046, p. 263, dit standpunt: ‘Zodra men geen dwaling eist voor de vordering uit onverschuldigde betaling, is op grond van art. 1395 B. W. een vordering terzake van ongegronde verrijking mogelijk, zodra slechts een betaling door de verarmde aan de verrijkte heeft plaats gevonden en deze niet door de rechtsverhouding van partijen wordt gerechtvaardigd.’

210 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 195, n. 10.

211 Grotius, *Inleidinge*, III,30,2: ‘Deze verbintenis is het aangeboren recht de naeste: want de billykheyt laet niet toe na de scheydinge der eygdommen, dat yemand hem zal verriken over eens anders schade.’

212 Ook Asser/Scholten, II, p. 170, stelt dat ‘niet met afdoende zekerheid te zeggen is, hoe [het oud-Hollandse recht] tegenover onze vraag gestaan heeft.’ In die zin stelt ook Van Oven, *Praeadvies*, p. 74–75, dat Grotius niet zomaar tot de aanhangers van de causale leer kan worden gerekend, nu het zeer wel mogelijk is dat Grotius de gemeenrechtelijke leer voor ogen heeft waarbij ook een putatieve titel als *iusta causa* kan dienen.

Wanneer de verrijksactie na overdracht ter beschikking zou worden gesteld,²¹³ zou dit bovendien eerder een argument voor de abstracte leer opleveren – het argument van de glosse. Uit deze beschouwing blijkt evenwel dat de *rei vindicatio* en de verrijksvordering, die ‘uit het eigendomsrecht volgt,’²¹⁴ elkaar volgens de opvatting van Bregstein uitsluiten. Waar de *rei vindicatio* dient om ‘het materieel object van ons recht te achterhalen,’ is de verrijksactie er volgens Bregstein op gericht om ‘de waarde van dat object te achterhalen.’²¹⁵ Bregstein kent de verrijksvordering pas toe wanneer ‘de waarde in de eigendom van een ander’ is overgegaan. Dat zou betekenen dat de solvent, wanneer deze vanwege het causale stelsel nog eigenaar is van de onverschuldigd betaalde zaak, niet de beschikking heeft over de verrijksvordering. Ook nauwkeurige lezing van de volgende passage, waarin Bregstein de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de verrijksvordering bespreekt, leidt tot deze conclusie. Bregstein schrijft:

‘Hiermee is de verrijksactie niet een vervanging der revindicatie geworden. Praktisch zal dit dikwijls wel het geval zijn, omdat eenerzijds van waardeovergang niet kan gesproken worden, zoolang het object aanwezig is en de revindicatie nog kan worden ingesteld, terwijl anderzijds dikwijls na het te niet gaan van het object de verrijksactie te voorschijn zal treden. Dit is echter het gevolg van de feitelijke verhouding. Theoretisch is deze beschouwing onjuist: evengoed als de eigendom potentieel voorzien is van de revindicatie, is hij potentieel voorzien van de verrijksactie: wanneer iemand zijn roerende zaak met de onroerende van een ander zoodanig verbindt, dat deze door accessie in de eigendom van dien ander overgaat, krijgt hij geen verrijksactie, omdat hij de revindicatie verliest, maar omdat hij de waarde van het object verliest.’²¹⁶

In deze, niet minder cryptische, passage gaat Bregstein in op het ontstaan van de verrijksvordering. De verrijksvordering ontstaat volgens hem, zo blijkt uit de laatste zin, niet wanneer de eiser de *rei vindicatio* heeft verloren, maar wanneer hij de waarde van een zaak heeft verloren. Hoewel momenten zijn te onderscheiden, geeft Bregstein toe dat deze toch in de praktijk zullen samenvallen. Zolang de *rei vindicatio* nog niet is weggevallen, heeft zich immers nog geen ‘waardeovergang’ voorgedaan, en zal er geen grond zijn voor de verrijksvordering. Na het tenietgaan van de zaak vervalt de *rei vindicatio* en is er wél sprake van een ‘waardeovergang’ en ontstaat daarom ook een verrijksactie. Bregstein geeft het voorbeeld dat iemand de eigendom van een roerende zaak heeft verloren omdat een ander de zaak door natrekking (‘accessie’) heeft verkregen. De verrijksactie dient hier als substituut voor de *rei vindicatio*. Het verwarrende aspect in deze passage is gelegen in de stelling dat de *condictio* ‘niet een vervanging van de

213 Als ‘na de scheydinge der eygendommen’ inderdaad een overdracht inhoudt.

214 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 192, stelt dat de verrijksactie ‘een uitvloeisel’ is van het eigendomsrecht.

215 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 192.

216 Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 192–93.

rei vindicatio' is. De term 'vervanging van de *rei vindicatio*' wordt meestal gebruikt om aan te duiden dat de *rei vindicatio* en de verrijkingsvordering in een wederzijds uitsluitende verhouding staan.²¹⁷ Wanneer Bregstein stelt dat de verrijkingsvordering niet een vervanging is van de *rei vindicatio*, lijkt hij daarom samenloop tussen beide vorderingen juist wel toe te staan.²¹⁸ Dat dit evenwel niet de strekking is van zijn betoog, blijkt uit de aangescherpte versie ervan die Bregstein 21 jaar later publiceerde:

'De Nederlandse rechtspraak omtrent het terugvorderen van hetgeen uit hoofde van een nietige overeenkomst over en weer is gepresteerd, maakt het aannemelijk, dat het hier gaat om het achterhalen van vermogenswaarden voor zover deze identificeerbaar zijn. De [algemene verrijkingsactie] is een remplaçant van de "revindicatie"; een corrector op de regels omtrent de eigendomsovergang.'²¹⁹

De verrijkingsactie blijkt dus wél een vervanging, een 'remplaçant,' van de *rei vindicatio* te zijn: een actie die ertoe strekt een plaatsgevonden eigendomsovergang te 'corrigeren.'²²⁰ Wanneer Bregstein in het eerste citaat dus ontkent dat de verrijkingsvordering een vervanging is van de *rei vindicatio*, bedoelt hij niet dat samenloop tussen beide acties mogelijk is, maar dat de verrijkingsvordering niet ter beschikking staat in die gevallen waarin de *rei vindicatio* kan worden ingesteld, en in die zin dus niet naast en als 'vervanging' van de *rei vindicatio* ter beschikking staat. Dat dit de opvatting is van Bregstein, blijkt eveneens uit het specifieke geval van de onverschuldigde betaling, waarover Bregstein stelt:

'[H]et erkennen van de eigendomsverkrijging is één zaak, iets geheel anders is het erkennen van de definitieve verkrijging van de waarde die zij vertegenwoordigt. Art. 1395 B.W. (1235 C.) is er om het te bewijzen: in het geval van onverschuldigde betaling is er een *condictio indebiti* als er geen revindicatie meer is!'²²¹

Condictio en *rei vindicatio* staan bij Bregstein dus in een wederzijds uitsluitende verhouding. Uit dit citaat blijkt dat de *condictio*, als een toepassing van de algemene verrijkingsvordering, volgens hem niet samenloopt met de *rei vindicatio*. De vraag rijst vervolgens of deze conclusie in de literatuur en rechtspraak is overgenomen. De leer van Bregstein blijkt immers invloedrijk

217 Zo was de *condictio* in het Romeinse recht in beginsel een substituut voor de *rei vindicatio*, zie § 2.2.4, *supra*, p. 21.

218 In die zin stelt Linssen, *Voordeelsafgifte*, p. 460, ten onrechte, dat Bregstein 'het verrijksrecht niet als een remplaçant van de *rei vindicatio* aanmerkt, maar als een instrument naast de *rei vindicatio*.'

219 Bregstein, *WPNR* 4046, p. 265.

220 Dit ondanks het feit dat de omschrijving die Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 201, van een 'verrijking' geeft ('noodig is slechts dat een waarde-element aan het eene vermogen is onttrokken, terwijl het andere vermogen een waarde-element bevat, dat daar niet aanwezig zou zijn, indien het vermogensverlies niet had plaatsgevonden') ruim genoeg lijkt te zijn om ook het bezit van een zaak onder dit begrip te scharen.

221 Bregstein, *WPNR* 4045, p. 258; letterlijk ook in *WPNR* 4300, p. 296. Zie ook *infra*, n. 296.

te zijn geweest. Zo zien wij dat Meijers in zijn annotatie onder het arrest *Van de Sande/De Zeeuw* uit 1935, overigens zonder naar Bregstein te verwijzen,²²² pleit voor de erkenning van de verrijkingsactie.²²³ In dit arrest kende de Hoge Raad de *condictio* niet alleen toe voor een prestatie die in het geven van een zaak (een *dare*) had bestaan, maar ook voor andere prestaties (een *facere*).

In casu was De Zeeuw houder van een vergunning voor het verkopen van sterke drank, en was hij met Van de Sande overeengekomen dat deze de vergunning voor hem zou uitoefenen in een van De Zeeuw gehuurd huis dat deels als kof-fiehuis werd ingericht. Deze overeenkomst was evenwel nietig wegens strijdig-heid met de Drankwet. De Zeeuw vorderde ontruiming, waarop Van de Sande in reconventie terugbetaling van de onverschuldigd voldane huursom eiste. De Zeeuw stelde hierop dat ook hij in dat geval recht had op compensatie voor het gebruik dat Van de Sande van het huis en de vergunning had genoten. In feite-lijke instanties werd dit recht op compensatie erkend. Van de Sande bestreed dit oordeel in cassatie. A.-G. Van Lier erkent, in overeenstemming met het arrest van het Hof, dat ook aan De Zeeuw een vordering uit onverschuldigde beta-ling toekwam, 'opdat partijen zooveel mogelijk worden hersteld in den toestand, waarin zij zouden hebben verkeerdt, indien aan de nietige overeenkomst geen uitvoering was gegeven.' De Hoge Raad besluit in overeenstemming van A.-G. Van Lier en wijst het cassatieberoep af: elke betaling ingevolge van een nietige overeenkomst leidt tot een recht op terugvordering op grond van art. 1395. Wan-neer teruggave van een prestatie niet mogelijk is, zoals in het geval van de pre-statie tot verschaffing van het genot van het vergunningsrecht, dient de waarde van de prestatie in aanmerking te worden genomen.

Meijers stelt dat de Hoge Raad een 'belangrijke uitbreiding aan de oude *con-dictio indebiti*' geeft, maar dat het 'veel eenvoudiger' zou zijn geweest om in een dergelijk geval geen terugvordering op grond van art. 1395 OBW toe te staan, maar een 'algemeene baattrekkingsvordering te erkennen, waarvan art. 1395 B.W. slechts één bijzondere toepassing is.'²²⁴ Argument hiervoor is dat op de ontvanger van de prestatie slechts een verplichting tot teruggave zou komen te rusten in de mate waarin hij 'in zijn vermogen bevoordeeld is,' en niet voor de volledige waarde van de prestatie.²²⁵ Uit deze annotatie kan niet worden afgeleid of Meijers de verhouding van de baattrekkingsactie tot de *rei vindicatio* op dezelfde wijze zou hebben opgevat als Bregstein.

222 Dat Meijers wel door Bregstein was beïnvloed wordt ook aangenomen door A.-G. Franx in zijn conclusie bij HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (SVB/Stichting St. Jansgeleen; m.nt. G.J. Scholten).

223 HR 7 november 1935, NJ 1936, 239 (*Van de Sande/De Zeeuw*; m.nt. E.M. Meijers). Zie over dit arrest Jonkers, *Onwettigheid*, p. 157–60.

224 Meijers, in zijn annotatie onder NJ 1936, 239, p. 436.

225 Deze opvatting is nu gecodificeerd in art. 6:210, lid 2 BW. Meijers volgt Bregstein in de erkenning van de algemene baattrekkingsvordering, maar het is opvallend dat Breg-stein, WPNR 4046, p. 263, in het geval van een als doen (*facere*) te beschouwen prestatie de vordering uit onverschuldigde betaling toereikend achtte; volgens hem waren alle op een *negotium* steunende *conditiones* in art. 1395 OBW samengebracht en kon ook 'het bewijzen van diensten' onder het betalingsbegrip worden gebracht.

In de jaren vijftig is de opvatting van Bregstein gemeengoed geworden.²²⁶ Zo stellen Drion en Wiersma in hun bewerking van het handboek van Hofmann dat de *condictio indebiti* 'tegenwoordig vrijwel algemeen' wordt gezien als een 'toepassing van het verrijkingsbeginsel'.²²⁷ Ook Rutten beschouwt in zijn bewerking van de Asser-serie de vordering uit onverschuldigde betaling als een *species* van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking:

'De rechtsgrond, zowel van de actie uit ongerechtvaardigde verrijking als van de actie uit onverschuldigde betaling (welke laatste een *species* is van de eerste) zouden wij willen zien in *het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond* voor de verrijking.'²²⁸

Het is wonderlijk om de *condictio* niet alleen te kwalificeren als toepassing van de verrijkingsgedachte of het verrijkingsbeginsel – inderdaad strekt de *condictio* tot het voorkomen van een ongerechtvaardigde verrijking – maar als een bijzondere toepassing van de verrijkingsactie, een actie die op het moment van schrijven niet was gecodificeerd, noch in de rechtspraak werd erkend.²²⁹ Belangrijker nog is de vraag hoe het notoir dubbelzinnige woord 'verrijking' in dit verband moet worden opgevat.²³⁰ De literatuur kiest er in het algemeen voor het begrip 'verrijking' in die zin op te vatten dat alleen de accipiënt die de *eigendom* heeft verkregen, als verrijkt kan worden aangemerkt. Dit blijkt uit het conflict dat Drion en Wiersma constateren tussen deze opvatting en het causale stelsel:

'De opvatting van art. 1395 als een toepassing van het verrijkingsbeginsel past in zoverre ook niet in de causale leer m.b.t. de levering, dat daarin de terugvordering met behulp van art. 1395 plaats vindt zonder dat van verrijking kan worden gesproken.'²³¹

Drion en Wiersma stellen dat de opvatting dat de *condictio* een toepassing is van het verrijkingsbeginsel niet in overeenstemming is met het causale stelsel van eigendomsoverdracht. Nu de solvent die onverschuldigd heeft

226 Zie voor verdere literatuurverwijzingen, de conclusie van A.-G. Franx, *supra*, n. 222.

227 Hofmann/Drion & Wiersma, II, p. 22–23, onder verwijzing naar HR 4 december 1953 (NBI/Van Egmond), waarover § 5.4.4, *infra*, p. 214.

228 Asser/Rutten, 3-II¹, p. 472.

229 *Supra*, n. 19. Toch is deze terminologie niet uitzonderlijk; zo stelt ook Schoordijk, *Verbintenissenrecht*, p. 424, dat het NBW 'als novum' biedt dat de 'actie uit onverschuldigde betaling ontkoppeld lijkt te worden van die uit ongerechtvaardigde verrijking.' Het feit dat verschillende auteurs stellen dat de vordering uit onverschuldigde betaling onder het OBW 'gekoppeld' zou zijn geweest aan de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, kan niet verklaard worden uit de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin de *condictio* wordt afgeleid uit de gedachte dat de accipiënt zou worden verrijkt, wanneer hij niet tot teruggave verplicht zou zijn (zie HR 4 december 1953 (NBI/Van Egmond), maar alleen uit de grote invloed van Bregstein.

230 *Supra*, p. 175.

231 Hofmann/Drion & Wiersma, II, p. 24, n. 2.

betaald in een causaal stelsel in beginsel eigenaar is gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak, is de accipiënt niet verrijkt. Het feit dat de solvent in dit geval tóch een *condictio* kan instellen, is volgens Drion en Wiersma dan ook niet te rijmen met de opvatting waarbij de *condictio* 'een toepassing van het verrijkingsbeginsel' is. De inconsistentie van de beschikbaarheid van een *condictio* tegen een 'niet-verrijkte' gedaagde wordt door Drion en Wiersma evenwel slechts geconstateerd, maar dit leidt niet tot verwerping van het 'verrijkingsbeginsel' als grondslag van de *condictio*. De vraag rijst vervolgens of de Hoge Raad zich over deze vraag heeft uitgelaten.

§ 5.4.4 De 'verrijkingsgedachte' in HR 4 december 1953 (*Beheersinstituut/Van Egmond*)

In een aantal arresten heeft de Hoge Raad, zonder overigens een algemene verrijkingsvordering te erkennen,²³² 'de verrijkingsgedachte' ten grondslag gelegd aan de vordering uit onverschuldigde betaling. Het eerste van deze arresten was *Beheersinstituut/Van Egmond* uit 1953.²³³ Nu dit arrest enkele jaren ná *Damhof/Staat* is gewezen rijst de vraag naar de plaats van de vordering uit onverschuldigde betaling in een causaal stelsel.

Net als *Damhof/Staat* kwam dit arrest voort uit de illegale handelspraktijken tijdens de Tweede Wereldoorlog. Op grond van een Londens besluit was het verboden om zonder voorafgaande toestemming een overeenkomst aan te gaan 'met den vijand, met een vijandelijken onderdaan of met een persoon, gevestigd of zich bevindende in vijandelijk gebied' en was een dergelijke overeenkomst van rechtswege nietig.²³⁴ In dit geval had Van Egmond, handelaar in bloembollen te Sassenheim, in 1943 aan Michels te Düsseldorf voor f 9885 bloembollen verkocht. Michels had de koopprijs vooruitbetaald en levering zou, zoals nog steeds in de branche gebruikelijk is, geschieden onder het beding 'af schuur,' hetgeen inhield dat Van Egmond aan zijn leveringsplicht zou hebben voldaan door de bloembollen naar de afgesproken plek van aflevering te versturen. In casu was verzending aan C. Maarse, station-restante te Kerkrade overeengekomen; partijen hadden hiermee de bedoeling dat Maarse de goederen wederrechtelijk de grens zou laten passeren om ze aan Michels af te leveren. De bloembollen werden evenwel aan de grens gerechtelijk in beslag genomen, verbeurdverklaard en geveild voor f 4000. Michels stelde hierop een vordering in tot vergoeding van de door hem betaalde koopprijs. Nu dit een rechtsgeding was met betrek-

232 Zie daarover HR 30 januari 1959 (*Quint/Te Poel*), *supra*, n. 19.

233 HR 4 december 1953, NJ 1954, 374 (*Beheersinstituut/Van Egmond*; m.nt. Ph.A.N. Houwing), AA 4, p. 142–149 (m.nt. Ch.J.J.M. Petit).

234 Art. 6 jo. 10 van het Besluit van 7 juni 1940, houdende een voorziening, ten einde te verhinderen, dat het rechtsverkeer in oorlogstijd schade toebrengt aan de belangen van het Koninkrijk de Nederlanden, *Staatsblad* 1940, nr. A6.

king tot 'een vijandelijk onderdaan' kon het Nederlandse Beheersinstituut het geding schorsen en zelf hervatten.²³⁵ Tegenover de vordering tot restitutie van de koopprijs stelde Van Egmond aan zijn leveringsplicht op grond van de overeenkomst te hebben voldaan. Nu deze overeenkomst nietig was, beriep hij zich erop eveneens recht te hebben te worden hersteld in de toestand waarin hij verkeerde voordat de overeenkomst was gesloten, zodat ook aan hem een vordering uit onverschuldigde betaling ter beschikking moest worden gesteld. Zowel bij de rechtbank als het Hof vond dit verweer gehoor, zodat Van Egmond de waarde van de door hem verzonden bloembollen in mindering kon brengen op de koopprijs die hij moest terugbetalen. Het Hof stelde dat de vraag van belang was of beide partijen hadden gepresteerd 'op de grondslag van de overigens nietige overeenkomst' en verwierp hiermee de grief van het Beheersinstituut dat de leveringscondities van een nietige overeenkomst 'principiële irrelevant' zouden zijn. In cassatie vond dit argument van het Beheersinstituut wel gehoor. Ook A.-G. Eggens stelt dat alleen van belang is of de koper de geleverde zaken in zijn feitelijke macht heeft verkregen. Nu de koopovereenkomst zelf nietig is, zouden ook de 'rechtshandelingen ter uitvoering van de overeenkomst,' zoals een *constitutum possessorium*, nietig zijn. Hieruit blijkt dat de A.-G. de levering als een rechtshandeling, als een zakelijke overeenkomst, beschouwt en nog in termen van het abstracte stelsel denkt.

De Hoge Raad komt terug van de leer in *Van de Sande/De Zeeuw* dat de vordering uit onverschuldigde betaling herstel in de vorige toestand beoogt. De Hoge Raad overweegt:

'dat aan den regel, dat een verkoper hetgeen hij ter voldoening aan een nietige koopovereenkomst heeft gepresteerd als onverschuldigd betaald kan terugvorderen, niet ten grondslag ligt de gedachte, dat de verkoper behoort te worden hersteld in den toestand, waarin hij verkeerde voordat hij de nietige overeenkomst had uitgevoerd, doch de gedachte, dat de koper ten nadele van den verkoper ongerechtvaardigd zou worden verrijkt, indien hij zou behouden wat hij ingevolge de nietige overeenkomst van den verkoper heeft ontvangen.'²³⁶

Ter beantwoording van de vraag of er recht bestaat op terugvordering, onderschrijft de Hoge Raad het cassatiemiddel dat er geen belang mag worden gehecht aan de vraag of partijen uitvoering hebben gegeven aan de bepalingen van de nietige overeenkomst. De Hoge Raad overweegt:

'dat de koper slechts dan verrijkt is, indien hij in het bezit is gekomen van de verkochte zaken of van de tegenwaarde daarvan; dat bij de beantwoording van de vraag of de koper het bezit van de zaken heeft verkregen geen rekening mag

235 Art. 17 van het Besluit Vijandelijk Vermogen, vastgesteld op 20 oktober 1944, *Staatsblad* 1944, nr. E 133.

236 De Hoge Raad volgt hiermee de conclusie van A.-G. Eggens, die stelde dat de ontvangst door koper, de verkoper het recht geeft tot terugvordering over te gaan: 'Wil dus de *Condictio indebiti* wegens nietige verkoop en levering kunnen slagen, dan zal de koper de gekochte goederen in zijn feitelijke macht verkregen moeten hebben [...].'

worden gehouden met een door partijen gemaakt beding omtrent het tijdstip, waarop de eigendom – en in verband daarmee het bezit – zal overgaan, indien, gelijk in het onderhavige geval, dit beding deel uitmaakt van een overeenkomst, welke in haar geheel nietig is.²³⁷

Net zoals in *Van de Sande/De Zeeuw* gaat het in *Beheersinstituut/Van Egmond* om twee partijen die op grond van een nietige overeenkomst hebben gepresteerd. Beide arresten verschillen echter in die zin dat de door Van de Sande verrichte prestatie aan De Zeeuw ten goede was gekomen en vice versa. Het aannemen van de verrijkingsgrondslag zou in die zaak geen verschil hebben uitgemaakt. In dit arrest was weliswaar door Van Egmond een handeling verricht – het verzenden van de bloembollen – maar vormde deze handeling geen prestatie ten gunste van Michels, in de zin dat diens vermogen door de prestatie was vermeerderd.²³⁸ De Hoge Raad kiest er in dit arrest voor alleen het Beheersinstituut een vordering uit onverschuldigde betaling toe te kennen voor de door Michels vooruitbetaalde koopprijs; Van Egmond kan hiertegen niet de waarde van de door hem, op grond van het nietige contract, geleverde prestatie in mindering brengen omdat de bloembollen aan de grens in beslag waren genomen en Michels nooit hadden bereikt. De Hoge Raad legt het risico van het verlies van de bloembollen hiermee geheel op de verkoper.²³⁹

De Hoge Raad heeft in dit arrest het perspectief willen verleggen van de prestatie die de solvent heeft verricht naar de vraag of de accipiënt door deze prestatie is ‘verrijkt,’ zo blijkt ook uit de notities die De Jong, die waarschijnlijk het concept had geschreven, met de andere raadsheren deelde:

‘Het komt mij voor, dat de gedachte dat de “vorige toestand” hersteld moet worden, het Hof parten heeft gespeeld. Het Hof beziet de zaak van den kant van degene die gepresteerd heeft. Ik heb getracht tot uitdrukking te brengen, dat de rechtsgrond van 1395 (althans voor ons geval) meebrengt, dat men de zaak moet bezien van den kant van de wederpartij. Bij acties uit 1395–1399 is altijd nodig, dat de gedaagde verrijkt is, al is het niet in alle gevallen noodzakelijk, dat de verrijking blijvend is geweest.’²⁴⁰

237 De Hoge Raad bevestigt de verrijkingsgrondslag van de *condictio indebiti* in HR 29 juni 1956, NJ 1956, 450 (*De Haan/Wijngaard*; m.nt. L.E.H. Rutten), AA 6 (1956–57), p. 36–39 (m.nt. A. van Oven), en in HR 8 maart 1957, NJ 1957, 525 (*Staat/Firemen’s Insurance Company of Newark*), AA 7 (1957–58), p. 46–48 (m.nt. J.H. Beekhuis), waarin de Hoge Raad oordeelt dat ‘aan den in art. 1395 B.W. gegeven regel, dat hetgeen onverschuldigd betaald is kan worden teruggevorderd, ten grondslag ligt de gedachte, dat degene, aan wien onverschuldigd betaald werd, indien hij het ontvangene zou behouden, ten nadele van de wederpartij ongerechtvaardigd zou worden verrijkt.’

238 Zo stelt ook annotator Houwing; NJ 1954, 374, p. 746.

239 Kritisch ten aanzien van deze uitkomst: Jonkers, *Onwettigheid*, p. 177–81.

240 ‘Toelichting van De Jong bij het concept van HR 4 december 1953’; dossier met rolnummer 8649.

In de literatuur wordt soms gesteld dat de Hoge Raad in dit arrest het standpunt van Bregstein zou hebben onderschreven.²⁴¹ Er vallen echter twee verschillen vast te stellen. Het eerste verschil is dat waar Bregstein de grondslag van de *condictio indebiti* ziet in de 'plaatsgevonden verrijking',²⁴² de Hoge Raad overweegt dat de koper ongerechtvaardigd zou worden verrijkt, als hij niet tot teruggave zou kunnen worden aangesproken.²⁴³ De Hoge Raad drukt zich hiermee preciezer uit dan Bregstein, omdat de ontvangst van een ongerechtvaardigde verrijking een gelijke verplichting tot teruggave van die verrijking in het leven roept. Per saldo is de gedaagde op wie deze verplichting is komen te rusten, dus niet verrijkt – hij zou slechts worden verrijkt, indien deze verplichting niet op hem zou zijn komen te rusten.²⁴⁴ Een belangrijker onderscheid is gelegen in het feit dat de Hoge Raad aan de *condictio* de voorwaarde verbindt dat de koper 'in het bezit is gekomen van de verkochte zaken of van de tegenwaarde daarvan.' Impliciet in het oordeel van de Hoge Raad is dat als de bollen niet aan de grens waren ingenomen en de accipiënt wél het bezit ervan zou hebben verkregen, hij als 'verrijkt' zou kunnen zijn aangemerkt, en hij aangesproken had kunnen worden met de *condictio indebiti*, ook al was hij door de nietigheid van de leveringstitel geen eigenaar geworden. Dat betekent dat in het geval de aflevering van de bloembollen aan het adres van Michels zou hebben plaatsgevonden, zodat Michels wel het bezit van de verkochte zaken of de tegenwaarde daarvan zou hebben verkregen, aan Van Egmond wel een *condictio indebiti* zou zijn toegekomen, naast de *rei vindicatio* die aan hem in beginsel ook ter beschikking zou hebben gestaan. Hierin verschilt de Hoge Raad in een belangrijk opzicht van de leer van Bregstein. Waar Bregstein de verrijkingsvordering immers toekent als 'remplaçant' van de *rei vindicatio*, en deze actie beschouwt als 'een corrector op de regels omtrent de eigendomsovergang',²⁴⁵ wijst de leer van de Hoge Raad uit dat de, op de verrijkingsgedachte gebaseerde, *condictio indebiti* wel degelijk met de *rei vindicatio* zou kunnen samenlopen.²⁴⁶

241 In die zin: Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, p. 106. A.-G. Franx schrijft in zijn conclusie voor HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (m.nt. G.J. Scholten; SVB/Stichting St. Jansgeleen), dat de Hoge Raad heeft beslist in overeenstemming met de heersende leer dat de 'rechtsgrond van het vorderingsrecht uit onverschuldigde betaling is het ongedaan maken van een ongerechtvaardigde verrijking.'

242 *Supra*, n. 209.

243 Cf. Toulliers beschrijving van de strekking van de *condictio*, *supra*, n. 101.

244 Zie reeds *supra*, n. 44. De accipiënt zou de eigendom uiteindelijk op grond van verkrijgende verjaring hebben kunnen verkrijgen; zie art. 2000, lid 2 OBW.

245 *Supra*, n. 219.

246 Linssen, *Voordeelsafgifte*, p. 468, schrijft, ten onrechte, dat de Hoge Raad verrijking gelijk stelt met 'een 'bezits-' of 'eigendomsverkrijging' en dat het arrest 'mede door het in Nederland geldende causale stelsel van eigendomsoverdracht, voor het leerstuk van de onverschuldigde betaling [leidt] tot een aanzienlijke beperking van de werkingssfeer.' Volgens Linssen zou de Hoge Raad de verrijkingsvordering dus hebben uitgesloten wanneer de accipiënt, op grond van het causale stelsel, geen eigenaar was geworden; de eis dat de accipiënt *eigenaar* is geworden volgt evenwel niet uit het arrest, noch uit de conclusie van A.-G. Eggens.

De Hoge Raad geeft hiermee dus een ruimere betekenis aan het begrip ‘verrijking’ dan Bregstein.²⁴⁷ De overwegingen van de Hoge Raad geven immers geen aanleiding om aan te nemen dat de eigendomsverkrijging van de accipiënt noodzakelijk was voor het oordeel dat er een verrijking zou hebben plaatsgevonden.²⁴⁸ Net zoals bij de *condictio possessionis* is een verrijking met het bezit van een zaak mogelijk. De opvatting dat de Hoge Raad in *Beheersinstituut/Van Egmond* in navolging van Bregstein de verrijkingsgrondslag aanvaardde,²⁴⁹ is niet verkeerd, maar te weinig precies.

Een aanvullend argument voor de lezing van het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* is dat de Hoge Raad weliswaar de ‘verrijkingsgedachte’ ten grondslag legt aan de *condictio*, maar hiermee samenloop met de *rei vindicatio* niet uitsluit, is gelegen in de geschiedenis van het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Zowel raadsheer De Jong, die het concept voor het arrest schreef, als advocaat-generaal Eggens, zou immers vanaf 1 augustus 1954, kort na het wijzen van dit arrest, onderdeel gaan uitmaken van het Drieman-

247 De opvatting van annotator Houwing, *NJ* 1954, 374, p. 747, dat ‘slechts ter zake doet of op [het moment van inbeslagneming] de bollen reeds eigendom van de koper waren geworden’ is dus onjuist. Terecht schrijft AA-annotator Petit: ‘Op het voorbeeld van den A.-G. acht de H.R. niet reeds beslissend, wat de verkoper gedaan heeft om de goederen in het bezit van den koper te brengen, maar alleen of de koper die inderdaad in zijn bezit heeft gekregen; dan alleen is zijn vermogen, met dit bezit, vermeerderd.’ Ook Verhagen, *RLR* 12, p. 147, n. 103, stelt terecht, onder verwijzing naar dit arrest: ‘possession is a “position protected by law” and can be regarded as a benefit.’

248 Hamaker, *Onverschuldigde betaling*, p. 137, stelt in zijn kritiek op dit arrest: ‘Waar men steeds [...] geweigerd heeft aan artt. 1395 e.v. BW een rol toe te kennen in de controverse causaal-abstract [*supra*, n. 160], behoort men andersom de keuze in die controverse invloed te ontzeggen op vragen van onverschuldigde betaling.’ Hamaker neemt hiermee niet alleen afstand van het argument der glossatoren, waarbij de *condictio indebiti* leidt tot het abstracte stelsel, maar stelt andersom dat ook het causale stelsel geen invloed mag hebben op de wijze waarop de *condictio indebiti* wordt opgevat. Hamaker stelt dus dat de Hoge Raad het geldende causale stelsel van eigendomsoverdracht beslissend heeft geacht voor het oordeel dat er geen sprake is van een verrijking en spreekt in dit kader van ‘een donkere bladzijde uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.’ Zoals evenwel blijkt uit de geciteerde overwegingen van de Hoge Raad, is het titelvereiste bij het oordeel niet van belang. De Hoge Raad stelt niet dat nu Van Egmond in beginsel eigenaar zal zijn gebleven van de bloembollen, zich bij de accipiënt geen verrijking zal hebben voorgedaan. Als de Hoge Raad inderdaad aan het causale stelsel betekenis zou hebben toegekend bij het oordeel dat er geen sprake is van een verrijking, dan zou de Hoge Raad het titelvereiste en de nietigheid van de overeenkomst op de voorgrond hebben geplaatst, en niet uitgebreid zijn ingegaan op de vraag of de levering ‘af schuur’ Michels wel tot bezitter heeft gemaakt.

249 Zie A.-G. Franx in zijn conclusie voor HR 31 maart 1978, *NJ* 1978, 363 (m.nt. G.J. Scholten; *SVB/Stichting St. Jansgeleen*). Bloembergen, *RMTh* 1972, p. 62, stelt dat het arrest duidelijk ‘aanhaakt’ bij de ‘gedachte van de ongerechtvaardigde verrijking.’ En Asser/Rutten, 3-II¹, p. 470, verklaart dat de Hoge Raad ‘uitdrukkelijk’ besliste dat aan art. 1395 OBW de gedachte ten grondslag ligt ‘dat het onbillijk is, wanneer iemand ten koste van een ander ongerechtvaardigd wordt bevoordeeld.’ Pitlo, *Verbintenissenrecht*, p. 207, meent dat de solvent met art. 1395 OBW niet meer kan vorderen ‘dan de waarde waarmede de ander onrechtmatig is verrijkt.’

schap dat het ontwerp van Boek 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, waartoe de verbintenis uit onverschuldigde betaling behoort, ter hand nam.²⁵⁰

§ 5.4.5 Het argument van de glosse 'Iusta causa' omgedraaid

Alvorens over te gaan tot de voorbereidingen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, zijn nog enige opmerkingen op hun plaats over het titelvereiste en de *condictio*. Het OBW kende het uitgangspunt dat de aard van de *condictio* geen rol speelde bij de beantwoording van de vraag naar het titelvereiste.²⁵¹ Toch zijn beide leerstukken, zoals bleek, opnieuw met elkaar vervlochten geraakt. Zo baseert Suijling zijn abstracte leer, net zoals de glossatoren voor hem hadden gedaan, op het bestaan van de *condictio*.²⁵² Dit argument klinkt aantrekkelijk maar het kan, zo bleek reeds bij de bespreking van de glosse,²⁵³ worden bekritiseerd. Meijers bestrijdt het argument dat Suijling aan de abstracte leer ten grondslag legt dan ook door te ontkennen dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht.²⁵⁴ Ook Van Oven wijst het argument in zijn *Praeadvies over causa en levering* uit 1924 met kracht van de hand. Van Oven gaat hierbij evenwel, anders dan Meijers, uit van een causaal stelsel, en stelt dat de *condictio*, ook in een causaal stelsel, naast de *rei vindicatio*, van nut kan zijn:

'Het kroon-argument ten slotte der abstracte leer, het bestaan der *condictio indebiti*, vervalt zoodra men de mogelijkheid aanneemt van het naast elkander bestaan van vindicatie en conditie, een mogelijkheid die wij zelfs voor het Romeinsche recht vonden en die naar ons recht niet betwijfeld kan worden. Gelukkig wordt dit argument, hoewel dan door Suyling – die 't zelfs onweerlegbaar waant – en den H.R. nog gebruikt, door Meijers versmaad, en inderdaad is het volkomen verwerpelijk: ook als onze levering causaal is, heeft de vervreemder zonder oorzaak of krachtens gebrekkige oorzaak, naast zijn revindicatie een persoonlijke vordering broodnoodig, ten eerste omdat de zaak verbruikt, weggemaakt of in andere handen overgegaan en niet meer na te sporen kan zijn, en voorts omdat art. 2014 – in welke opvatting dan ook – de revindicatie voor een zeer groot aantal gevallen uitsluit. Het bestaan der conditie kan dus nimmer een bewijs zijn van de afwezigheid der revindicatie en dus van de abstracte levering.'²⁵⁵

Wij dienen op dit punt scherp te onderscheiden tussen twee argumenten die in dit betoog van Van Oven liggen besloten. Ten eerste kan men stellen dat de *condictio* ook in een causaal stelsel een functie vervult, zodat het bestaan van deze actie in dat geval niet een onverklaarbaar fenomeen is. Daarnaast kan men stellen dat een solvent, náást de *rei vindicatio*, behoefte kan hebben

250 Sütó, *Nieuw Vermogensrecht*, p. 94.

251 *Supra*, n. 157.

252 *Supra*, n. 185.

253 *Supra*, p. 101, n. 21.

254 *Supra*, n. 199.

255 Van Oven, *Praeadvies*, p. 89.

aan de *condictio*. Dit zijn twee te onderscheiden argumenten. In het kader van het eerste argument is het mogelijk het debat te voeren in overeenstemming met de uitgangspunten van de abstrahisten. Men vat de *condictio* dan op de traditionele wijze op, namelijk als een actie die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, maar men bestrijdt slechts de consequentie die de abstrahisten aan dit uitgangspunt verbinden.²⁵⁶ Ook al is de *condictio* op eigendomsoverdracht gericht, zo luidt dit argument, toch bestaat er behoefte aan deze actie, zoals in het geval de onverschuldigd betaalde zaak is geconsumeerd of teniet is gegaan. Wanneer men evenwel het tweede argument wenst te verdedigen en men de *condictio* naast de *rei vindicatio* aan een solvent ter beschikking wenst te stellen, dient men de *condictio*, in afwijking van de traditionele leer, op te vatten als een actie die niet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Dit argument is verstrekkender in die zin dat men ook het uitgangspunt van de abstrahisten bestrijdt dat de *rei vindicatio* en de *condictio* elkaar uitsluiten.

De ontwikkeling in het Franse recht vertoont een overeenkomst met dit tweede betoog. De aanvaarding van het causale stelsel heeft er in het Franse recht immers toe geleid dat de *condictio* niet meer per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. De solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht is in beginsel eigenaar van de onverschuldigd betaalde zaak gebleven, maar zal, naast de *rei vindicatio*, een *condictio* tot zijn beschikking hebben. Aan de andere kant bleek dat aanvaarding van een causaal stelsel in Zwitserland niet had geleid tot de conclusie dat een solvent in een dergelijk geval de keuze zal hebben tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. De Zwitserse rechtsleer aanvaardt weliswaar de *condictio possessionis*, zodat de *condictio* niet langer per definitie op eigendomsoverdracht is gericht, maar de reden van deze aanvaarding is vooral gelegen in het bieden van een rechtsingang aan de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, maar géén eigenaar is, zoals ook in de bekende tekst van Paulus in D. 12,6,15,1 het geval is – het geval dat ook Meijers in zijn kritiek op Suijling voor ogen heeft gestaan. In het Zwitserse Obligationenrecht vervult de ‘Kondiktionsanspruch’ daardoor slechts een subsidiaire functie voor het geval de eiser geen *rei vindicatio* tot zijn beschikking heeft.²⁵⁷

Vergelijking van het Franse en Zwitserse recht doet temeer de vraag rijzen of aanvaarding van het causale stelsel ertoe noopt de *condictio* te beschouwen als een actie die aan een eiser, naast de *rei vindicatio*, ter beschikking dient te staan, zoals tegenwoordig ook in het Nederlandse recht wordt aangenomen. Als een causaal stelsel wordt aanvaard, maar de *condictio*, volgens de traditie, wordt opgevat als een actie die op eigendomsoverdracht is gericht, zou dit tot gevolg hebben dat het toepassingsgebied van de *rei vindicatio* ten koste van de *condictio* wordt vergroot. De eigenaar heeft dan in beginsel de *rei vindicatio* tot zijn beschikking, terwijl de *condictio* weer in beeld komt wanneer de zaak teniet is gegaan. *Rei vindicatio* en *condictio* zou-

256 Cf. het betoog van Eger in het Zwitserse recht, *supra*, p. 145, n. 37.

257 *Supra*, p. 148–49.

den dan in de verhouding staan waarin zij, uitzonderingen daargelaten, ook in het Romeinse recht stonden. Dat de *condictio*, opgevat als een actie die op eigendomsoverdracht is gericht, in een causaal stelsel aan belang inboet, kan op zichzelf genomen geen argument zijn deze vordering te laten concurreren met de *rei vindicatio*. De vraag rijst dus of de solvent, nu hij in beginsel kan revindiceren, behoefte heeft aan de *condictio*, náást de *rei vindicatio*. Dient het op de *condictio* gebaseerde argument van abstrahisten zoals Suijling – het argument van de glosse ‘Iusta causa’ – te worden omgedraaid in die zin dat aanvaarding van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht ertoe noopt om de *condictio* op te vatten als een vordering die met de *rei vindicatio* kan samenlopen?

Ter beantwoording van deze vraag is het nuttig om een nadere blik te werpen op de gevallen waarin Van Oven de beschikbaarheid van de *condictio* naast de *rei vindicatio* ‘broodnodig’ acht.²⁵⁸ In een aantal van deze gevallen – het verbruik van de zaak, de verkrijging door een derde op grond van art. 2014 OBW – is de *rei vindicatio* vervallen, en hoewel deze gevallen het nut van de *condictio* in een causaal stelsel bewijzen, en zo het op de *condictio* gebaseerde argument voor het abstracte stelsel ondergraven, leveren deze gevallen nog geen bewijs op van de stelling dat een solvent náást de *rei vindicatio* behoefte heeft aan de *condictio*.²⁵⁹ Deze voorbeelden zijn, met andere woorden, te verenigen met een stelsel waarin de *condictio* een substituut is voor de *rei vindicatio* en een actie is die, volgens de hoofdregel van het Romeinse recht, ter beschikking komt wanneer de *rei vindicatio* vanwege consumptie van de zaak is komen te vervallen.²⁶⁰ Van groter belang is daarom het geval dat de zaak aan een derde is doorgeleverd en ‘niet meer na te sporen kan zijn.’ De solvent heeft er dan belang bij dat hij de accipiënt, degene wiens bestaan hij kent en wiens contactgegevens hij heeft, rechtstreeks kan aanspreken, ook al kan hij de zaak in beginsel nog onder de derde revindiceren. Zo bespaart hij zich een onderzoek naar de mogelijkheid van een *rei vindicatio* tegen een derde die de solvent meestal, in tegenstelling tot de

258 *Supra*, n. 255.

259 In deze zin stelt Van Oven, *Praeadvies*, p. 34: ‘Het bestaan der condities is met de causale *traditio* verenigbaar omdat de *tradens* in tal van gevallen niet zal kunnen revindiceeren, n.l. als de zaak verbruikt is. De bronnen spreken daarover met onmiskenbare duidelijkheid – b.v. D. 24,1,18,1 [sic, waarschijnlijk doelt Van Oven op D. 24,1,5,18, *supra*, p. 73, n. 352] – en het spreekt toch ook wel vanzelf. Wanneer er een condictie verleend wordt dan is dat omdat en voorzoover er niet gerevindiceerd kan worden, hetzij omdat de eigendom wèl overgegaan is – dus na een abstracte overdracht zooals de *mancipatio* – hetzij omdat wel is waar de eigendom bij den vervreemder is gebleven, maar deze aan dat recht niets meer heeft, omdat de zaak is verdwenen.’

260 Van Oven, *Praeadvies*, p. 33–34, met betrekking tot de glosse, en *Praeadvies*, p. 89, met betrekking tot het Nederlandse recht. In deze zin ook Waldorp, *WPNR* 2535, p. 347.

accipiënt, niet kent.²⁶¹ Het is in deze situatie²⁶² dat het belang van het ‘naast elkander bestaan van vindicatie en condictie’ het duidelijkst naar voren treedt. Het valt op dat dezelfde voordelen die in het Romeinse recht aan de beschikbaarheid van de *condictio furtiva* waren verbonden,²⁶³ naast de *rei vindicatio*, in het Nederlandse recht in het algemeen van toepassing zijn. De uitzonderingspositie die de *condictio furtiva* in het Romeinse recht bekleedde is daarmee tot regel is verheven, zoals Van Oven treffend verwoordt:

‘Dit systeem sluit logisch aan bij het, door mij aangehangen, stelsel van de causale eigendoms-overdracht. Ook zij heeft haar beslag, mits aan den vorm voldaan zij, maar tevens mits niet bewezen wordt dat de *causa* gebrekkig was. In zulke gevallen kan men dus condiceeren en eventueel ook revindiceeren. Revindicatie en condictie “concurreren” zoals in het Rom. recht de revindicatie en *condictio furtiva* concurreerden.”²⁶⁴

§ 5.5 TOTSTANDKOMING VAN HET NIEUW BURGERLIJK WETBOEK

§ 5.5.1 Inleiding

In het Nieuw Burgerlijk Wetboek is de *condictio*, de vordering uit onverschuldigde betaling, tezamen met de zaakwaarneming en de ongerechtvaardigde verrijking, opgenomen in titel 6.4 over de ‘Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst.’ Het eerste artikel over de onverschuldigde betaling bepaalt:

Art. 6:203 BW: ‘[1] Degene die een ander zonder rechtsgrond een goed heeft gegeven, is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen. [2] Betreft de onverschuldigde betaling een geldsom, dan strekt de vordering tot teruggave van een gelijk bedrag. [3] Degene die zonder rechtsgrond een prestatie van andere aard heeft verricht, heeft eveneens jegens de ontvanger recht op ongedaanmaking daarvan.’

Gezien het causale stelsel zal de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht in beginsel eigenaar zijn gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak. Naast de *rei vindicatio* komt hem evenwel ook een *condictio* toe. De Toelichting Meijers vermeldt de mogelijkheid van deze samenloop in de inleidende beschouwing op de afdeling over de onverschuldigde betaling:

261 Slechts in het geval de accipiënt in faillissement is komen te verkeren, is de *rei vindicatio* tegen de derde opnieuw aantrekkelijker.

262 Deze situatie is van groter gewicht dan het bewijsrechtelijke voordeel van de *condictio* ten opzichte van de *rei vindicatio*. Wij zagen hierboven reeds dat Diephuis op de lichtere bewijslast van de *condictio* wijst, *supra*, n. 165. Zie over de bewijslast § 5.6.6, *infra*, p. 251.

263 Cf. hetgeen in het kader van de *condictio furtiva* werd gesteld, *supra*, p. 32 sq.

264 Van Oven, WPNR 3329, p. 436, n. 15.

‘Anders dan in sommige moderne wetboeken is geschied, worden in het ontwerp de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking in twee afzonderlijke afdelingen geregeld. Al moge men in het algemeen kunnen zeggen dat het toekennen van een vordering uit onverschuldigde betaling strekt tot voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, toch is de regel van artikel 1 van deze afdeling niet te beschouwen als een toepassing van het in de volgende afdeling [over ongerechtvaardigde verrijking] bepaalde. De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van die betaling, onverschillig of door de betaling een vermogensverschuiving heeft plaatsgevonden. Ook indien in verband met het causale stelsel van eigendomsoverdracht de onverschuldigde betaling de eigendom van het ter betaling geleverde niet heeft doen overgaan en voor de volle waarde daarvan dus noch de betaler is verarmd noch de ontvanger is verrijkt, is er nochtans plaats voor de vordering uit onverschuldigde betaling.’²⁶⁵

Het valt op dat aan de vooravond van het wetgevingsproces de opvatting van Bregstein leidend was, op grond waarvan de *rei vindictio* en de *condictio* twee elkaar uitsluitende vorderingen waren, maar dat dit gezichtspunt tijdens het wetgevingsproces blijkt te zijn gewijzigd en de samenloop van beide vorderingen, zoals tevoren onder het OBW ook de heersende opvatting was, opnieuw mogelijk is gemaakt. De vraag rijst hoe deze ontwikkeling zich heeft voltrokken. Ter beantwoording van deze vraag is het instructief om een blik te werpen op de omvangrijke hoeveelheid ontwerpen, drukproeven, glossen en notulen die tijdens het lange wetgevingsproces van het NBW zijn geproduceerd.²⁶⁶

§ 5.5.2 De Staatscommissie

Het wetgevingsproces van het Nieuw Burgerlijk Wetboek ving in 1947 aan op het moment dat aan Meijers de opdracht werd verleend tot het vervaardigen van een ontwerp voor een nieuw wetboek,²⁶⁷ en eindigde met de inwerkingtreding van de, vermogensrechtelijk gezien, belangrijkste delen van het nieuwe wetboek op 1 januari 1992. Dit proces viel, wat betreft titel 6.4.2, in drie fasen uiteen: die waarin Meijers het ontwerp onder zich had (1947–1954), vervolgens de fase waarin het Driemanschap werkte aan het Regeringsontwerp (1954–1964), en tot slot de fase waarin Regeringscommissaris Snijders het gewijzigd ontwerp en de memorie van antwoord voorbereidde

265 PG Boek 6, p. 802–803. Deze samenloop wordt in de literatuur genoemd door Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 133; Bartels, *Titel*, p. 129; Schrage, *Verbintenissen uit andere bron*, nr. 71; Boukema, *Samenloop*, nr. 25; Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 16; Zwalve *GrOM* 13, p. 84.

266 Zie ook het onderzoek dat Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 60 sq., met betrekking tot de ongerechtvaardigde verrijking van art. 6:212 BW heeft uitgevoerd.

267 De *Staatscourant* van 6 mei 1947, nr. 86, p. 1 vermeldt: ‘Bij Koninklijk Besluit van 25 april 1947 no. 20 is aan prof. mr. E.M. Meijers, hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden, opdracht verleend om een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen.’

(1971–1976). Voor het huidige onderwerp blijkt de behandeling van het ontwerp door het Driemanschap in het bijzonder van belang te zijn.

Vanaf 1947 tot aan zijn dood in 1954 werkte Meijers aan het ontwerp. Hij wijdde in zijn ontwerp van de titel over de ‘verbintenissen uit rechtmatige daden buiten overeenkomst,’ zoals het opschrift van deze titel toen nog luidde, vijf artikelen aan de onverschuldigde betaling. Deze artikelen waren een bondiger formulering van de artikelen die in het OBW aan deze materie waren besteed. Zo bepaalt het eerste artikel van Meijers’ ontwerp van deze afdeling, in bewoordingen die vrijwel gelijk zijn aan art. 1395, lid 1 OBW: ‘Iedere betaling doet een schuld veronderstellen.’²⁶⁸ Het recht op terugverordering dat hier in het OBW direct op volgde is opgegaan in twee artikelen die de verplichting van de ontvanger te goeder en te kwader trouw regelen.²⁶⁹

Meijers besprak de concepten met de Subcommissie Burgerlijk recht, één van de drie subcommissies waarin de Staatscommissie voor de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving verdeeld was, zodat de leden van deze commissie commentaar konden leveren op de concepten.²⁷⁰ In een vergadering op zaterdag 28 april 1951, zoals gebruikelijk om 10 uur ’s ochtends op het Ministerie van Justitie aan het Plein,²⁷¹ besprak Meijers met de subcommissie de concepten van de afdelingen over de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking.²⁷² Naast Meijers was de algemeen-secretaris van de Subcommissie Burgerlijk Recht aanwezig, mr. Belinfante, die overigens pas ’s middags arriveerde, en de leden van de subcommissie, mrs. Bregstein, Drion, De Jong, en Petit, en de adjunct-secretaris mr. van den Bergh.²⁷³ Meijers had er voor gekozen dat met betrekking tot elk onderwerp één lid van de subcommissie schriftelijke opmerkingen zou voorbereiden.²⁷⁴ Ter voorbereiding op deze vergadering had Bregstein, gespecialiseerd in het verrijgingsrecht, schriftelijk commentaar gegeven. Nadat Bregstein had opgemerkt: ‘De verhouding tussen beide afdelingen is mij niet duidelijk,’²⁷⁵ ontstond discussie over de verhouding tussen de afdelingen over de onver-

268 ‘Stukken betreffende Boek 6, titels 2 t/m 5, besproken in vergaderingen van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie Burgerlijke Wetgeving ter voorbereiding van het Ontwerp Meijers,’ nr. BW 52 en 52a (Door de Staatscommissie besproken ontwerp-tekst).

269 De artikelen 2 tot en met 5 van Meijers’ ontwerp vallen in grote lijnen samen met art. 1399, 1398, 1397 en 1400 OBW. Art. 1396 OBW, dat als pendant van art. 1395 OBW de verplichting van de ontvanger noemt, keert niet terug in het ontwerp.

270 De andere twee subcommissies waren die voor Handelsrecht en Burgerlijke Rechtsvordering; zie Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 114.

271 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 118, n. 96.

272 ‘Notulen van de Honderdthintigste Vergadering van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving.’

273 Mr. Eggens, die later bij het ontwerp een belangrijke rol zou spelen, was één van de leden die een bericht van verhindering had gegeven.

274 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 117.

275 Zie ook Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 61–62.

schuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking. Volgens Bregstein moest de grens tussen beide afdelingen worden gelegd bij 'vermogensvermeerdering door prestatie en andere gevallen',²⁷⁶ en zou de vordering uit onverschuldigde betaling op alle betalingen van toepassing moeten zijn, niet alleen op die betalingen die uit een *datio* bestonden. Bregstein neemt hiermee afstand van de opvatting van Meijers in diens annotatie onder het arrest *Van de Sande/De Zeeuw* dat slechts die prestaties die uit een *datio* bestonden onder de onverschuldigde betaling vielen, en dat voor andere prestaties de ongerechtvaardigde verrijking (de 'baattrekkingsactie') ter beschikking moest worden gesteld.²⁷⁷ In de vergadering verdedigt Bregstein de stelling dat tussen onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking geen fundamenteel verschil bestaat:

'De heer Bregstein is van mening, dat men niet kan terugvorderen zonder aan te geven wat de waarde van de prestatie is. Dus is er geen duidelijke tegenstelling tussen de beide acties.'²⁷⁸

Meijers merkt over de verhouding tussen beide afdelingen op:

'In de opvatting van de Voorzitter is "betaling" in Afdeling II (onverschuldigde betaling) in enge zin gebruikt. In de Memorie van Toelichting zou dus moeten worden opgemerkt, dat Afdeling III [ongerechtvaardigde verrijking] een aanvulling is van Afdeling II.'²⁷⁹

Meijers blijkt de ruime opvatting van Bregstein waarbij onder betaling ook andere prestaties dan een *datio* vallen, niet te delen. In het systeem van Meijers moet dus in een groter deel van de gevallen op de ongerechtvaardigde verrijking worden teruggegrepen dan bij Bregstein het geval is. Het concept dat Meijers had opgesteld van de bepalingen over de vordering uit onverschuldigde betaling staat in de traditie van het OBW: 'Iedere betaling doet een schuld veronderstellen.'²⁸⁰ In de subcommissie komt dit artikel aan de orde:

'De bedoeling van deze bekende uitdrukking is eigenlijk, dat de veronderstelling iets schuldig te zijn voorwaarde is voor betaling. Wellicht zou het dus ook beter zijn indien de tekst van dit artikel scherper zou worden gesteld, b.v. "Beta-

276 Bregstein verwijst naar *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 164, 232, 264, en zijn artikel in WPNR 4046, § 18.

277 *Supra*, n. 224.

278 Op p. 563 van de 'Notulen,' *supra*, n. 272.

279 Op p. 563 van de 'Notulen,' *supra*, n. 272.

280 Zie art. 1395 OBW, *supra*, n. 140.

ling vindt plaats indien men presteert in de veronderstelling iets verschuldigd te zijn.”²⁸¹

De vraag of de *condictio* met de *rei vindicatio* kan samenlopen is in de subcommissie niet duidelijk beantwoord. Een aanwijzing dat men een verrijking met het bezit mogelijk acht blijkt evenwel uit de volgende passage waarin het artikel over de teruggaveverplichting van de accipiënt te goeder trouw wordt besproken:²⁸²

‘De Voorzitter stelt voorts de vraag of de ontvanger, die te goeder trouw is, ook de vruchten moet teruggeven. Hij meent dat dit niet moet, evenmin als bij *bezit* te goeder trouw (zie Titel Bezit art. 13). De heer Bregstein zou hier aan de rechter grotere vrijheid willen laten. Teruggegeven moet worden de *verrijking*, de vruchten kunnen daaronder soms geheel of gedeeltelijk vallen. Verder kan er zelfs verrijking zijn, wanneer het bezit weer is verloren gegaan, b.v. is weggeschonken, indien aannemelijk is dat de schenker een soortgelijke schenking ook zou hebben gedaan als hij niet de onverschuldigd ontvangen zaak zou hebben bezeten.’²⁸³

Deze passage suggereert dat de afdeling over de onverschuldigde betaling ook van toepassing is op de accipiënt die slechts het bezit, maar niet de eigendom, van een zaak heeft verkregen. Naar aanleiding van een vraag van Drion bij de behandeling van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking, komt de samenloop tussen de persoonlijke vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en de vordering, waarbij men ‘de zaak zelf’ opvordert – dat wil zeggen met de *rei vindicatio* – aan de orde. Deze discussie over de casus waarin een debiteur te goeder trouw heeft betaald aan ‘iemand die in het bezit is der inschuld’ vindt plaats in het kader van de afdeling over de ongerechtvaardigde verrijking:

‘De heer Drion vraagt of uit deze bepaling [het artikel over de ongerechtvaardigde verrijking] volgt dat men nooit de zaak zelf kan terugvorderen, doch alleen een geldvordering heeft. De Voorzitter antwoordt dat men normaliter de zaak zelf kan terugvorderen; dit echter niet op grond van de onderhavige subsidiaire actie, doch op grond van levering zonder titel. De heer Drion betwijfelt of men van levering zonder titel kan spreken. Er was toch blijkbaar “bezit van een inschuld”; daarop past een geldige betaling, die slechts aantastbaar wordt als de

281 Op p. 564 van de ‘Notulen,’ *supra*, n. 272. In de laatste concept-tekst die Meijers van deze afdeling maakte, nr. BW 52 IV, kwam dit artikel overigens te luiden: ‘Wat als verschuldigd wordt gegeven, wordt vermoed verschuldigd te zijn.’ Ook van dit ontwerp is de precieze datum onbekend; volgens ‘Boek 6. Verbintenissen in het algemeen. Inhoudsopgave van stukken, opgesteld vóór het overlijden van prof. Meijers,’ 26 januari 1955, is dit concept ‘waarschijnlijk’ in 1952 tot stand gekomen.

282 BW 52a, art. 2: ‘Hij, die te goeder trouw een goed als aan hem verschuldigd heeft ontvangen, zonder dat dit aan hem verschuldigd was, is verplicht dit goed terug te geven, tenzij hij te goeder trouw daarvan het bezit heeft verloren. Zo het goed door hem is vreemd, moet hij de koopprijs teruggeven.’

283 Op p. 564–65 van de ‘Notulen,’ *supra*, n. 272.

betaler zijn vergissing bemerkt en daar werk van maakt. De pseudo-crediteur is dus eigenaar geworden. Andere leden menen dat dit laatste eerst geschiedt op het ogenblik dat de betaler van de *condictio* afziet. De *Voorzitter* meent dat art. 1422 B.W.²⁸⁴ uitsluitend dient ter bescherming van de betaler t.g.o. de werkelijke crediteur. Men mag daaraan geen consequenties verbinden t.o.v. de eigendomsovergang tussen betaler en de bezitter der inschuld. Met andere woorden 1422 B.W. regelt de gevolgen van revindicatie ("uit het bezit stoten") van de echte crediteur tegen de putatieve, doch zegt niets over de *condictio* tussen de debiteur en de putatieve crediteur. Overigens acht spreker het belang van deze kwestie niet groot, wanneer de onderhavige bepaling wordt geplaatst in de titel over onverschuldigde betaling, na de bepalingen die thans in B.W. 52a staan, en daarnaar verwijst. Dan zal duidelijk zijn dat het onderhavige artikel slechts een aanvullende regeling geeft op het voorgaande.²⁸⁵

Drion stelt de vraag aan de orde of zich de situatie kan voordoen dat naast de verrijkingsvordering de *rei vindicatio* van toepassing is. Meijers geeft aan dat dit 'normaliter' mogelijk is – hiermee doelt hij op het effect van het causale stelsel. Als terugvordering op grond van 'levering zonder titel' mogelijk is, dat wil zeggen door middel van de *rei vindicatio*, dan kan de verrijkingsactie niet worden ingesteld omdat deze een subsidiair karakter heeft. Een verrijking met het bezit van een zaak is dus mogelijk, maar op grond van dit subsidiariteitsbeginsel kan de solvent dit bezit niet met de verrijkingsvordering opvorderen, zolang de *rei vindicatio* beschikbaar is.²⁸⁶ Meijers stelt zich hiermee *de facto* op de positie van het Zwitserse recht.²⁸⁷ Vervolgens verplaatst de discussie zich naar de vraag of de eigendom door de betaling van de debiteur op de vermeende crediteur is overgegaan. Meijers stelt dat de bepaling van art. 1422 OBW slechts de debiteur tegen de daadwerkelijke crediteur beschermt en dat dit artikel hierin geen rol mag spelen. De discussie tussen Drion en Meijers vindt plaats in het kader van de ongerechtvaardigde verrijking, maar toch wordt gesproken van de *condictio* – een aanwijzing voor het feit dat tussen de *condictio* en de verrijkingsvordering geen fundamenteel verschil werd gezien.²⁸⁸

284 Art. 1422 OBW bepaalde: 'De betaling te goeder trouw gedaan aan iemand die in het bezit is der inschuld, is van waarde, ook dan wanneer die bezitter naderhand bij uitwinning uit dat bezit gestooten is.' Zie hierover Zwolve, *Qui solvit alii*, p. 78 sq.

285 Op p. 568–69 van de 'Notulen,' *supra*, n. 272.

286 Het concept van het artikel over de verrijkingsvordering, art. 6.4.3.1, bepaalde in lid 3: 'De in de twee voorgaande leden vermelde vorderingen komen de benadeelde slechts toe, voor zover hem jegens de verrijkte geen andere vergoedingsvordering ten dienste staat.' Zie Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 62.

287 Zie § 4.3.4, *supra*, p. 162. Wellicht was het Meijers' grote interesse voor het Zwitserse recht – reeds binnen drie maanden na zijn aanstelling reisde Meijers naar Zwitserland om zich in de Zwitserse rechtspraktijk te verdiepen; zie Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 106, 113 – die hem bracht tot aanvaarding van het subsidiariteitsvereiste.

288 De opvatting van de 'andere leden' dat de 'pseudo-crediteur' eigenaar wordt zodra de debiteur 'afziet' van de *condictio* – wellicht wordt hiermee bedoeld de cessie van de *condictio* aan de daadwerkelijke crediteur – is overigens onbegrijpelijk.

Uit deze passage blijkt dat de verhouding tussen beide vorderingen in de vergadering van de Subcommissie nog geen uitgemaakte zaak was. De stelling van Bregstein, dat de vordering uit onverschuldigde betaling een voorbeeld is van die uit ongerechtvaardigde verrijking, wordt niet met zoveel woorden onderschreven, maar uit het feit dat Drion ('spreker') in het slot van dit citaat overweegt om de ongerechtvaardigde verrijking in de titel (lees: afdeling) over die uit onverschuldigde betaling te regelen, blijkt wel dat men uitgaat van een nauw verband tussen beide acties.

§ 5.5.3 Het Driemanschap

Bij zijn dood had Meijers een ontwerptekst afgerond van titel 6.4, maar deze nog niet van een toelichting voorzien.²⁸⁹ In 1954 werd een Driemanschap, bestaande uit Jan Drion, Frits de Jong en Jannes Eggens (in 1958 opgevolgd door Geert de Grooth), aangesteld om het ontwerp van het nieuwe wetboek te vervolgen.²⁹⁰ Zij wijzigden de inhoud van boek 6 ingrijpend. Ook het recht met betrekking tot de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking, waar acht bijeenkomsten voor werden uitgetrokken,²⁹¹ werd grondig herzien. De indeling van titel 6.4 in afdelingen over de zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking, bleef evenwel ongewijzigd. Bij de verdeling van de materie onder de leden van het Driemanschap, werden de afdelingen over de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking toegewezen aan Drion.²⁹²

Op 30 augustus 1956, tijdens één van de 282 vergaderingen die door het Driemanschap werden gehouden,²⁹³ kwam de vraag aan de orde of de vordering uit onverschuldigde betaling een verrijkingsactie is. In deze vergadering werd een nota besproken met een samenvatting van hetgeen in de Staatscommissie over dit onderwerp was gezegd.²⁹⁴ In de Staatscommissie was, zoals wij zagen, nog geen duidelijkheid geschapen over de verhouding tussen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking, zij het dat de leer van Bregstein het debat bepaalde. In het Driemanschap blijkt dat Drion een andere koers is gaan varen dan door Bregstein was voorgestaan:

289 Dit blijkt uit de 'Boek 6. Verbintenissen in het algemeen. Inhoudsopgave van stukken, opgesteld vóór het overlijden van prof. Meijers,' 26 januari 1955. Zie ook Gerdes, *Derden-verrijking*, p. 60, n. 10.

290 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 177.

291 *Op. cit.*, p. 256.

292 *Op. cit.*, p. 192.

293 *Op. cit.*, p. 199.

294 'Overzicht van het in de Staatscommissie besprokene (120^{ste} vergadering),' 14 augustus 1956, p. 1: 'In zijn rapport merkt Bregstein op, dat de verhouding [tussen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking] hem niet duidelijk is. Meijers wil blijkbaar de actie uit onverschuldigde betaling beperken tot de gevallen waarin een goed onverschuldigd is overgedragen; voor de gevallen dat op andere wijze onverschuldigd is gepresteerd, wil hij de afd. Ongerechtvaardigde verrijking van toepassing doen zijn.'

‘Betreffende de verhouding tussen Onverschuldigde Betaling en Ongerechtvaardigde Verrijking: anders dan Bregstein ziet Drion in de onverschuldigde betaling geen toepassing van het beginsel van de ongerechtvaardigde verrijking; immers in verband met het causale stelsel vindt er in de meeste gevallen dat van onverschuldigde betaling sprake is, geen vermogensverschuiving en dus geen verrijking plaats. Voor deze gevallen heeft de *condictio*, naast de revindicatie, betekenis in verband met de bewijslast. Dit aspect was in de Staatscommissie niet ter sprake gekomen. Hiermede is men het eens en dit heeft tot consequentie, dat men het systeem van Meijers: voor elk der acties een afzonderlijke afdeling in titel 4, handhaaft. Deze opzet sluit ook het beste aan bij het huidige recht.’²⁹⁵

Drion bestrijdt in deze vergadering de opvatting van Bregstein dat de vordering uit onverschuldigde betaling een bijzondere toepassing is van de algemene vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Gezien het causale stelsel, zo meent Drion, is de accipiënt van een onverschuldigde betaling in beginsel niet verrijkt, maar dient de solvent, op grond van bewijsrechtelijke overwegingen, toch de beschikking te hebben over de *condictio*, naast de *rei vindicatio*. Het verbaast niet dat Bregstein bezwaar maakte tegen deze gang van zaken. Uit het verslag van de vergadering die een week later, op 6 september 1956, werd gehouden, blijkt dat Bregstein zijn leer nog eens telefonisch aan Drion heeft uiteengezet, maar dat hij zelf degene is geweest die tijdens het gesprek van opvatting is veranderd. De notulen geven een verslag van het gesprek:

‘Prof. Bregstein heeft in een telefonisch gesprek met Drion er op gewezen, dat zijn dissertatie, in tegenstelling tot het door het driemanschap gekozen systeem, uitgaat van de stelling dat de onverschuldigde betaling een toepassing is van de ongerechtvaardigde verrijking. Hij was het er niet mee eens dat de *condictio* ook opgaat als ten gevolge van het causale stelsel de eigendom niet is overgegaan en meende aanvankelijk ook dat de ontvanger de zaak niet behoeft terug te geven als de betaler geen eigenaar blijkt te zijn geweest. Hij gaf echter toe dat dit niet juist is, omdat ook de bezitter-niet-eigenaar een economisch belang bij de zaak heeft en dus verarmd is door de onverschuldigde betaling. Hij kon zich tenslotte wel met het gekozen systeem verenigen.’²⁹⁶

Het is interessant dat Bregstein, die de *condictio* altijd als een ‘remplaçant’ van de *rei vindicatio* had beschouwd, bereid bleek zijn opvatting te herzien. Het valt bovendien op dat het argument op grond waarvan Bregstein overtuigd is geraakt van Drion’s opvatting niet het vermeende bewijsrechtelijke voordeel was dat volgens Drion aan de *condictio* zou zijn verbonden, maar het feit dat het bezit een zelfstandige vermogenswaarde vertegenwoordigde

295 ‘Notulen van de 128^e bespreking op 30 augustus 1956 van 10–16.30 uur, Lange Voorhout 16,’ p. 1–2. Zie de gelijke opvatting in Hofmann/Drion & Wiersma, *supra*, n. 231. Tijdens deze bespreking werd ook het opschrift van de titel gewijzigd van ‘Verbintenissen uit rechtmatige daden buiten overeenkomst’ in ‘Verbintenissen uit andere oorzaak dan overeenkomst of onrechtmatige daad.’

296 ‘Notulen van de 129^e bespreking op 6 september 1956,’ p. 2.

en als zodanig voorwerp van een *condictio* moest kunnen zijn. Het is precies dit argument dat Bruns in Duitsland voor de *condictio possessionis* had aangevoerd.²⁹⁷ Toch lijkt dit argument alleen ingezet te zijn om Bregstein te overtuigen – en inderdaad is dit argument, wanneer men aanneemt dat een verrijking van het bezit van de zaak mogelijk is, ook meer geschikt om iemand te overtuigen die zich op het standpunt stelt dat de vordering uit onverschuldigde betaling een verrijkingsactie is. Het argument lijkt overigens in de vergaderingen van het Driemanschap zelf niet aan de orde te zijn geweest als argument om de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, ter beschikking te stellen, hetgeen te begrijpen is vanuit het feit dat het Driemanschap de betaling centraal stelde, en niet de noodzaak zag de onverschuldigde betaling in het keurslijf van de ongerechtvaardigde verrijking te dwingen.

De opvatting dat beide acties kunnen samenlopen vindt men ook terug in de toelichtende opmerkingen over de verhouding tussen de onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking. Deze opmerkingen werden door de notuliste, Els Fischer-Keuls, bij de concepten van 22 november 1956 voor beide afdelingen opgesteld:

‘De ontworpen tekst volgt de indeling, die in de laatste tekst van Prof. Meijers (B.W. 52 en 53 IV) werd gegeven: de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking zijn in twee afzonderlijke afdelingen opgenomen. Hoewel ook voor de vordering uit onverschuldigde betaling geldt dat, bij goede trouw van de ontvanger, deze slechts tot teruggave verplicht is voor zover hij door de betaling werd verrijkt, mag men toch de onverschuldigde betaling niet zien als een toepassing der verrijkingsactie, dus als een species van het genus ongerechtvaardigde verrijking. Immers de vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van een betaling, die zonder rechtsgrond is geschied, onverschillig of door de onverschuldigde betaling al dan niet een verschuiving in de omvang der betrokken vermogens heeft plaats gehad: de actie uit onverschuldigde betaling kan worden ingesteld, ook al heeft in casu de betaling tengevolge van het causale stelsel de eigendom van het betaalde niet doen overgaan.²⁹⁸ [...] Dit onderscheid in geaardheid tussen de twee acties heeft consequenties. Ongedaanmaking der onverschuldigd verrichte betaling kan worden verlangd, ook al is de ontvanger door de betaling niet verrijkt – b.v. omdat hij de eigendom van de betaalde zaak niet heeft gekregen – en ook al is de betaler niet verarmd. Dit laatste kan zich voordoen als een goed onverschuldigd is betaald door een niet-eigenaar, die niet optrad voor de eigenaar. De betaler is niet voor de waarde van het goed verarmd, omdat hij verplicht is het goed aan de eigenaar terug te geven; wel kan het bezit van het goed op zichzelf een economische waarde voor hem hebben, maar deze waarde ligt niet aan de vordering ten grondslag.’²⁹⁹

297 *Supra*, p. 155, n. 78; zie ook p. 164, n. 120, voor het Zwitserse recht.

298 Hierbij verwijst de toelichting naar Von Caemmerer en Larenz; bovendien blijkt uit de opmerking ‘Anders Bregstein, Ongegronde vermogensvermeerdering, p. 148 v.’ (waarover *supra*, n. 209) dat het Driemanschap hier bewust afwijkt van de leer van Bregstein.

299 ‘Toelichtende opmerkingen van Mevrouw Mr. E.J.A. Fischer-Keuls bij de concepten d.d. 22 november 1956 voor de tekst van de afdelingen 6.4.2 en 6.4.3 (Onverschuldigde betaling en Ongerechtvaardigde verrijking),’ p. 1–2.

Uit deze toelichting blijkt dat het Driemanschap de vordering uit onverschuldigde betaling niet beschouwt als een toepassing van die uit ongerechtvaardigde verrijking; de vordering uit onverschuldigde betaling is gericht op de ongedaanmaking van de betaling, ongeacht de vraag of de ontvanger verrijkt is – hetgeen op grond van het causale stelsel vaak niet het geval zal zijn. Uit dit fragment blijkt dus dat het Driemanschap alleen die persoon als *verrijkt* aanmerkt die de eigendom van een bepaalde zaak heeft verkregen en diegene als verarmd die de eigendom heeft verloren. Het valt bovendien op dat het Driemanschap ter ondersteuning van de leer dat de vordering uit onverschuldigde betaling van toepassing is, ook daar waar de ontvanger niet is verrijkt, verwijst naar de situatie dat de solvent andermans zaak onverschuldigd heeft betaald. Dit is, opnieuw, het geval dat ten grondslag lag aan de bekende tekst van Paulus in D. 12,6,15,1 en dat door de hele rechtsgeschiedenis heeft geleid tot afwijking van de leer dat de *condictio* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht.

Per 1 januari 1957 werd een nieuwe werkverdeling geïntroduceerd om een concept sneller in de plenaire vergadering aan de Driemannen te kunnen voorleggen, en werden de medewerkers tot wetsontwerpers gepromoveerd. Titel 6.4 werd hierbij toegewezen aan Fischer-Keuls.³⁰⁰ In de vergadering op 4 april 1957 komt de vraag naar de rechtsgrond van de *condictio* opnieuw aan de orde. Het Driemanschap had op 5 maart aan Bregstein als externe deskundige een nota voorgelegd met twintig vragen – zeventien over de onverschuldigde betaling en drie over de ongerechtvaardigde verrijking³⁰¹ – waarvan het tweede vraagpunt over de onverschuldigde betaling betrekking had op de uitleg van de termen ‘zonder rechtsgrond’ en ‘betaling.’³⁰² Bij de bespreking van de betekenis van de term ‘zonder rechtsgrond’ komt de afwijkende koers die het Driemanschap ten opzichte van de opvatting van Bregstein is gaan varen, tot uiting:

‘Punt 2. a. Prof. Bregstein voelt niet voor een verschil in terminologie in de bepalingen omtrent Onverschuldigde betaling en Ongerechtvaardigde verrijking; in beide gevallen is “zonder rechtsgrond” de juiste term. Drion wijst er op, dat het bij de onverschuldigde betaling aankomt op de handeling waardoor de vermogensverschuiving is teweeggebracht, terwijl het bij de ongerechtvaardigde verrijking gaat om het resultaat, om een toestand; dit rechtvaardigt z.i. het gebruik van twee verschillende termen. Prof. Bregstein ziet deze tegenstelling niet: in beide gevallen komt het er op aan, of het objectieve recht de vermogensovergang gegrond acht.’³⁰³

300 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 198–99.

301 Zie ook Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 71, n. 49.

302 ‘Vragen ter bespreking met prof. Bregstein. Behoort bij de concepten d.d. 5 maart 1957 van de tekst der afdelingen 6.4.2 en 6.4.3, Onverschuldigde en ongerechtvaardigde verrijking (B.W. 52, VI en 53, IV),’ p. 1–2.

303 ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957 van 10–13 uur, Lange Voorhout 16, Den Haag,’ p. 2.

Drion onderscheidt de onverschuldigde betaling van de ongerechtvaardigde verrijking door de nadruk te leggen op de handeling respectievelijk het resultaat van een vermogensverschuiving. Bregstein stelt dat in beide gevallen de (afwezigheid) van een rechtvaardiging voor de ‘vermogensovergang’ van belang is. Drion spreekt van een ‘vermogensverschuiving’ en Bregstein van een ‘vermogensovergang’; achter deze twee termen die ogenschijnlijk hetzelfde betekenen, blijkt een verschil schuil te gaan:

‘b. “Betaling” in de zin van het opschrift van deze afdeling moet volgens prof. Bregstein verstaan worden in de zin van “gewilde vermogensovergang”. Is er, in verband met het causale stelsel[,] geen vermogensovergang, dan is er z.i. naast de revindicatie geen plaats voor de condictie; de condictie kan de revindicatie slechts vervangen als de zaak niet meer bij de ontvanger aanwezig is en de waarde moet worden vergoed. Het driemanschap meent, dat de condictie, ook al is de revindicatie mogelijk, zin heeft in verband met de bewijslast en dat er dus ook gecondiceerd kan worden als er geen vermogensovergang was.’³⁰⁴

Uit dit citaat blijkt dat de telefonische overeenstemming tussen Drion en Bregstein geen stand heeft gehouden en dat Bregstein zijn oude standpunt waarbij *rei vindicatio* en *condictio* elkaar over weer uitsluiten, herneemt. Het is bovendien interessant dat het Driemanschap, net zoals in de bespreking van 30 augustus 1956,³⁰⁵ de noodzaak van samenloop onderbouwt met een verwijzing naar het bewijsrecht. Dit argument wordt slechts genoemd, maar niet onderbouwd. Vervolgens komt het verschil tussen de opvatting van het Driemanschap en Bregstein tot uiting bij een bespreking van de, inmiddels als klassiek te beschouwen, situatie van de niet-beschikkingsbevoegde onverschuldigde betaler – de situatie die ook door Meijers was besproken.³⁰⁶ Dient de solvent in dit geval de *condictio* te hebben, zolang de zaak nog, zij het door een ander, gerevindiceerd kan worden? Bregstein meent van niet:

‘Hiermede hangt samen de vraag of, als een zaak onverschuldigd is betaald door een niet-eigenaar, de solvens moet kunnen condiceren (ofschoon hij niet verarmd is) (zie punt 15³⁰⁷). Prof. Bregstein meent dat als b.v. een dief de gestolen zaak onverschuldigd heeft betaald, de zaak opgeconsumeerd en de ontvan-

304 ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957 van 10–13 uur, Lange Voorhout 16, Den Haag,’ p. 2–3.

305 *Supra*, n. 295.

306 *Supra*, n. 205.

307 De 15^e vraag aan Bregstein luidde: ‘Moet een bepaling worden opgenomen, inhoudende dat als de ontvanger van een onverschuldigde betaling bemerkt dat het hem geleverde goed niet het eigendom was van de betaler maar van een derde, hij (onder bepaalde omstandigheden, maar onder welke?) verplicht is de eigenaar te waarschuwen? (vergelijk 1757 lid 2 B.W.). Zo ja, moet dit dan gelden zowel als de ontvanger de zaak zelf nog kan restitueren als wanneer hij verplicht is de waarde van de zaak te vergoeden dan wel alleen in het laatste geval?’ Zie de ‘Vragen ter bespreking met prof. Bregstein,’ *supra*, n. 302, op p. 13. Deze vraag is illustratief voor de mate van waarin het Driemanschap de materie op het niveau van de kleinste details wenste te regelen.

ger failliet is, alleen de eigenaar een vordering heeft. Dit hangt samen met zijn opvatting, dat de *condictio* een verrijkingsactie is. Wel is het aan de ontvanger te bewijzen dat de solvens geen eigenaar was. Hetzelfde beginsel geldt bij een nietige cessie: kan de schuldenaar die weet van de nietigheid bevrijdend betalen? Neen, volgens prof. Bregstein. Zo ook z.i. bij onverschuldigde betaling. Maar het verweer, dat de solvens geen eigenaar is, komt de ontvanger alleen toe, als hij er belang bij heeft en als de eigenaar op zijn waarschuwing niet reageert, heeft de ontvanger geen belang bij het verweer. Prof. Bregstein meent, dat het verrijkbeginsel als uitgangspunt voor de actie uit onverschuldigde betaling hier en in het algemeen tot een gemakkelijke oplossing leidt van de gevolgen der onverschuldigde betaling. Drion vindt wel redelijk, dat de ontvanger verplicht is de eigenaar te waarschuwen maar z.i. moet de ontvanger de zaak aan de solvens teruggeven: de betaling moet ongedaan gemaakt.³⁰⁸

Uit dit fragment blijkt dat Bregstein aan het eind van zijn leven – hij zou op 13 april 1957, ruim een week na deze vergadering, komen te overlijden – was teruggekeerd naar zijn oorspronkelijke opvatting waarin de *rei vindictio* en de *condictio* twee elkaar uitsluitende vorderingen zijn.

In de door Bregstein besproken situatie heeft een dief een onverschuldigde betaling verricht en is deze zaak onder de accipiënt teniet gegaan. De accipiënt kan de vordering uit onverschuldigde betaling van de dief volgens Bregstein afweren door te bewijzen dat een ander, en niet de solvent, eigenaar was van de onverschuldigd betaalde zaak. De stelling dat ‘alleen de eigenaar een vordering heeft’ is evenwel onduidelijk nu de onverschuldigd betaalde zaak nu juist is tenietgegaan (‘opgeconsumeerd’), maar de strekking van het betoog van Bregstein schijnt evenwel te zijn dat de eigenaar door de consumptie is verarmd en de accipiënt verrijkt. Men zou zeggen dat aan de solvent – naar het voorbeeld van Bregstein een dief, waarschijnlijk om sympathie op te wekken voor het feit dat hem in beginsel een *condictio* wordt ontzegd – onder geen enkele omstandigheid een vordering uit onverschuldigde betaling zou moeten toekomen. Bregstein kent deze vordering evenwel toch toe aan de solvent, maar slechts onder twee voorwaarden: ten eerste dat de accipiënt ‘geen belang’ heeft bij zijn verweer dat de solvent geen eigenaar was – welke voorwaarde bevreemdt want als aan de voormalig eigenaar een vordering toekomt, kennelijk de verrijkingsactie, dan zou de accipiënt per definitie belang moeten hebben bij het verweer – en ten tweede dat de voormalig eigenaar ‘op zijn waarschuwing niet reageert.’ De gedachte van Bregstein lijkt te zijn dat het uitblijven van een reactie van de voormalig eigenaar een vorm van rechtsverwerking is, waardoor de actie niet meer aan hem, maar aan de dief zou moeten toekomen. Drion stelt, anders dan Bregstein, terecht dat de accipiënt jegens de solvent aansprakelijk is op grond van onverschuldigde betaling, maar legt op de accipiënt eveneens de verplichting op de eigenaar ‘te waarschuwen.’ Grondslag en rechtsgevolg van deze verwittiging blijven echter onduidelijk.

308 ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957 van 10–13 uur, Lange Voorhout 16, Den Haag,’ p. 3.

Het concept voor de toelichting bij de afdeling over de onverschuldigde betaling werd in september 1957 op grond van de besprekingen door Fischer-Keuls opgesteld. Deze tekst komt al grotendeels overeen met de uiteindelijke Toelichting Meijers zoals die in de Parlementaire Geschiedenis is opgenomen.³⁰⁹

‘Anders dan in sommige moderne wetboeken is geschied,³¹⁰ worden in het ontwerp de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking in twee afzonderlijke afdelingen geregeld. Ook al ligt aan de regel dat teruggevorderd kan worden hetgeen zonder rechtsgrond werd betaald, de gedachte ten grondslag dat de ontvanger ongerechtvaardigd ten koste van de betaler zou worden verrijkt als hij het ontvangene zou mogen behouden,³¹¹ in het systeem van het ontwerp is de verbintenis, die ontstaat uit het ontvangen ener onverschuldigde betaling, geen species van de categorie verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking. De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken ener betaling, waarvoor geen rechtsgrond aanwezig was, onverschillig of door die betaling al dan niet een verschuiving tussen de betrokken vermogens heeft plaats gevonden. Ook indien in verband met het causale stelsel van eigendomsovergang de onverschuldigde betaling de eigendom van het ter betaling geleverde niet heeft doen overgaan en dus noch de betaler verarmd noch de ontvanger verrijkt is, is er plaats voor de vordering uit onverschuldigde betaling. De actie uit ongerechtvaardigde verrijking daarentegen richt zich steeds tegen een verschuiving tussen de beide betrokken vermogens en wel tegen een verschuiving, die niet gerechtvaardigd is en derhalve ongedaan behoort te worden gemaakt. Heeft een betaling plaats gevonden waarvoor de rechtsgrond ontbrak en is tengevolge van dit ontbreken van een geldige titel voor de levering van het overgedragen goed de eigendom ervan niet op de ontvanger overgegaan, dan kan de betaler, althans indien hij en niet een derde eigenaar van het goed is, dit revindiceren; maar hij kan ook volstaan met de onverschuldigdheid der betaling aan zijn vordering ten grondslag te leggen, zodat hij geen bewijs van eigendom behoeft aan te voeren.^{312/313}

Uit deze toelichting blijkt dat de vordering uit onverschuldigde betaling, ondanks de tegenwerpingen van Bregstein, definitief niet meer als een toepassing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking werd

309 *Supra*, n. 265.

310 [Noot in het origineel:] In Duitsland 812 v.; Zwitserland, 62 v. O.R.; Griekenland, 904 v. heeft men de vorderingen samengevoegd. Italië regelt in de artikelen 2033–2040 de onverschuldigde betaling, in de artikelen 2041–2042 de ongerechtvaardigde verrijking. Egypte regelt in de artikelen 179–180 de ongerechtvaardigde verrijking, in de artikelen 181–187 de onverschuldigde betaling. Oostenrijk regelt in de artikelen 1431–1437 de onverschuldigde betaling en kent geen bepaling betreffende ongerechtvaardigde verrijking.

311 [Noot in het origineel:] H.R. 4 december 1953, N.J. 1954, 374. Vgl. Bregstein, Ongegronde vermogensvermeerdering p. 147 v.

312 [Noot in het origineel:] Vergelijk Von Tuhr–Siegwart I, 403.

313 ‘B.W. 52, VIIa. Onverschuldigde betaling. Afdeling 6.4.2, concept mevrouw Fischer, 18 september 1957,’ p. 1–2.

beschouwd. De solvent kon uit onverschuldigde betaling ageren, ongeacht de vraag of hijzelf, of een derde, de onverschuldigd betaalde zaak ook nog onder de accipiënt kon revindiceren. Ook blijkt dat hierbij de, vergeleken met de *rei vindicatio*, lichtere bewijslast in de *condictio* van doorslaggevende betekenis is geweest.³¹⁴

Op 3 december 1958 verscheen de eerste drukproef van de toelichting op de afdeling over de onverschuldigde betaling.³¹⁵ Hierop werd door De Jong en door het Ministerie van Justitie³¹⁶ commentaar geleverd. In de vergadering van 25 februari 1959 werden de opmerkingen van De Jong besproken. De Jong was ook raadsheer geweest in het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* en gaat in op de verhouding van het concept met hetgeen de Hoge Raad in 1953 had overwogen:³¹⁷

‘Art. 1 lid 1 moet duidelijk doen uitkomen dat het gaat om een Leistung, een ter betaling verricht geven [...]. Met het oog op het geval van het bloembollen-arrest, waarbij werd beslist dat de betaler de condictie slechts heeft voor zover het betaalde de ontvanger heeft bereikt, lijkt het wél het beste bij de redactie van de ontvanger uit te gaan. Lid 1 wordt voorlopig: “Degeen die een goed heeft ontvangen, is verplicht dit terug te geven indien zonder rechtsgrond is betaald”.’³¹⁸

Uit dit citaat blijkt dat De Jong geen conflict ziet tussen het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* en de regeling in het ontwerp van de onverschuldigde betaling. Ook in glossen van 19 juli 1960 bij de derde drukproef van de Toelichting van 10 maart 1960³¹⁹ laat De Jong zich uit over het onderscheid tussen de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking:

314 Wanneer men dit concept vergelijkt met de tekst die is opgenomen in het Groene Boek 6, dat in oktober 1961 werd aangeboden aan de regering, *supra*, n. 265, valt het op dat de laatste alinea, waarin de bewijsrechtelijke motivering van dit systeem wordt genoemd, in de uiteindelijke Toelichting Meijers is verplaatst naar art. 6:206 BW over de afgifte van vruchten, *infra*, n. 400.

315 Art. 1 van afdeling 6.4.2 luidde in deze drukproef: ‘[1] Hij die zonder rechtsgrond van een ander een goed heeft ontvangen, is verplicht dit terug te geven. [2] Is zonder rechtsgrond geld ontvangen, dan is de ontvanger verplicht een zelfde bedrag terug te betalen.’

316 ‘Opmerkingen van het Departement over de 1e drukproef d.d. 3 december 1958 tekst en toelichting van afdeling 6.4.2, Onverschuldigde betaling,’ 31 januari 1959.

317 *Supra*, n. 233.

318 ‘Notulen van de 212^e bespreking op 25 februari 1959,’ p. 1.

319 De eerste zinnen van de derde drukproef van 10 maart 1960 luiden, voor zover relevant: ‘Anders dan in sommige moderne wetboeken is geschied, worden in het ontwerp de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking in twee afzonderlijke afdelingen geregeld. Ook al zou aan de regel dat hetgeen zonder rechtsgrond werd gegeven als onverschuldigd betaald kan worden teruggevorderd de gedachte ten grondslag liggen dat de ontvanger ongerechtvaardigd zou zijn verrijkt als hij het ontvangene zou mogen behouden, in het ontwerp is de verbintenis die ontstaat uit het ontvangen van een zonder rechtsgrond gegeven goed niet een species van de categorie verbintenissen uit ongerechtvaardigde verrijking.’ Cf. het concept van Fischer-Keuls, *supra*, n. 313.

‘Deze zinnen lijken mij niet geheel duidelijk. Men kan toch niet in het midden laten of de rechtsgrond van de actie uit onverschuldigde betaling de ongerechtvaardigde verrijking is, en daarop laten volgen, dat het onverschillig is of er een verrijking (vermogensverschuiving) heeft plaats gehad. Voorstel: Al moge men in het algemeen kunnen zeggen, dat het toekennen van een vordering uit onverschuldigde betaling strekt tot voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, toch is de regel van artikel 1 van deze afdeling niet te beschouwen als een toepassing van het in de volgende afdeling bepaalde. De vordering uit onverschuldigde betaling strekt niet tot vergoeding van schade doch tot herstel van de vorige toestand.’³²⁰

In de eerste zin van zijn voorstel verwijst De Jong weliswaar niet met zoveel woorden naar *Beheersinstituut/Van Egmond*, maar de stelling dat de vordering uit onverschuldigde betaling dient ter ‘voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking,’ is equivalent aan de overweging van de Hoge Raad in het bloembollen-arrest,³²¹ dat de accipiënt ‘ongerechtvaardigd zou worden verrijkt’ als hij niet aansprakelijk gesteld zou kunnen worden op grond van de vordering uit onverschuldigde betaling.³²² Beide formuleringen brengen tot uitdrukking dat de accipiënt niet verrijkt moet *zijn*, hetgeen van belang is omdat degene onder wie de zaak nog gerevindiceerd kan worden, volgens Drion niet als ‘verrijkt’ kan worden aangemerkt.³²³ Deze vergelijking leert dat de opvatting van het Driemanschap in essentiële zin afwijkt van die van Bregstein – die de *rei vindicatio* en de *condictio* immers als elkaar uitsluitende vorderingen beschouwde – en niet zozeer van de opvatting van de Hoge Raad in *Beheersinstituut/Van Egmond* – een arrest dat algemeen wordt geacht de leer van Bregstein te incorporeren.³²⁴ De eerste zin van het voorstel van De Jong kon de goedkeuring van De Grooth en Drion wegdragen,³²⁵ en is in de Toelichting terechtgekomen.³²⁶

320 ‘Glossen van Mr. F.J. de Jong 19 juli 1960,’ p. 1–2.

321 Het concept was waarschijnlijk van De Jong, *supra*, n. 240.

322 *Supra*, n. 236.

323 *Supra*, n. 295.

324 A.-G. Franx bij HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (SVB/Stichting St. Jansgeleen; m.nt. G.J. Scholten). Door Asser/Rutten, 3-II³, p. 387, wordt, ten onrechte, een conflict aangenomen tussen *Beheersinstituut/Van Egmond* en de opvatting van het ontwerp van de Toelichting; Rutten stelt, onder verwijzing naar de Toelichting: ‘De vordering wegens onverschuldigde is gewettigd, ongeacht of daardoor de een ten koste van de ander ongerechtvaardigd werd verrijkt.’ Maar dát is niet precies wat de Hoge Raad in 1953 overwoog.

325 ‘Aantekeningen van Prof. Mr. G. de Grooth naar aanleiding van de glossen van Mr. De Jong d.d. 19 juli 1960 bij de derde drukproef van afdeling 6.4.2,’ 26 augustus 1960, p. 2: ‘Akkoord met voorstel De Jong: diens formulering is scherper, kort en duidelijk.’

326 Vierde drukproef 6 februari 1961, afdeling 6.4.2. De precieze verhouding tussen de verschillende opvattingen is enigszins onrecht aangedaan doordat een voetnoot bij deze passage, zonder onderscheiding, is komen te luiden dat het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* en Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, p. 147, ‘vergeleken’ moeten worden.

De Jong wendt zich overigens in de tweede zin van zijn voorstel wel af van het bloembollen-arrest, in die zin dat de vordering uit onverschuldigde betaling volgens hem strekt tot herstel in de vorige toestand, terwijl de Hoge Raad zich in 1953 juist van deze grondslag had verwijderd. Deze tweede zin werd door Drion afgewezen, omdat er geen onderscheid zou bestaan tussen schadevergoeding en herstel in de vorige toestand.³²⁷

§ 5.5.4 Regeringscommissaris Snijders

Het Driemanschap eindigde met de dood van Drion op 1 maart 1964.³²⁸ Kort daarop, op 8 augustus 1964, diende Minister Scholten het Regeringsontwerp van Boek 6 bij de Tweede Kamer in, dat overeenkwam met het Ontwerp Meijers dat het Driemanschap had opgesteld.³²⁹ Vanaf 1972 werkte Regeringscommissaris Snijders aan de memorie van antwoord en het gewijzigd ontwerp van Boek 6.³³⁰ Deze werden op 30 januari 1976 bij de Tweede Kamer ingediend.³³¹ In de voorbereidende notities met betrekking tot de verhouding tussen de afdelingen 6.4.2 en 6.4.3, die werden opgesteld op 22 oktober 1974, merkte Snijders op:

‘Hier volsta ik met de opmerking dat het [de] vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is, die de “buitengrens” bepaalt. Degene die verarmd is (d.w.z. schade heeft geleden) kan in ieder geval binnen de grenzen van artikel 6.4.3.1 [art. 6:212 BW] zijn verrijking terugvorderen. Maar hij behoeft zich in vele gevallen niet in de moeilijkheden te steken van een verrijkingsactie, waarvoor hij niet alleen het bewijs van schade maar ook die van de verrijking zal moeten leveren. Door zich op onverschuldigde betaling te baseren kan hij volstaan met het bewijs dat hij *a* aan de ontvanger heeft gepresteerd, *b* die prestatie zonder rechtsgrond is geschied.’³³²

Uit dit citaat blijkt dat ook Snijders de onverschuldigde betaling niet als een toepassing van de verrijkingsactie ziet. Aan deze opvatting legt hij, net zoals het Driemanschap had gedaan, een bewijsrechtelijk argument ten grondslag.

327 ‘Opmerkingen van Prof.Mr. J. Drion bij de derde drukproef van afdeling 6.4.2,’ 25 augustus 1960: ‘Tegen de tweede zin uit De Jongs voorstel zou ik als bezwaar aanvoeren dat – zeker in het Ontwerp – vergoeding van schade en herstel in de vorige toestand geen tegenstellingen zijn. Ik prefereer de derde zin van de drukproef.’ Deze derde zin luidde in de derde drukproef: ‘De vordering uit onverschuldigde betaling heeft ten doel het ongedaan maken van die betaling, onverschillig of door de betaling al dan niet tussen de betrokken vermogens een verschuiving heeft plaatsgevonden.’ Deze zin is, vrijwel ongewijzigd, in de Toelichting terechtgekomen.

328 Florijn, *Burgerlijk Wetboek*, p. 285.

329 *Op. cit.*, p. 290.

330 *Op. cit.*, p. 416.

331 *Op. cit.*, p. 204; Gerdes, *Derdenverrijking*, p. 80.

332 ‘Voorbereidende notities afdeling 6.4.2 en 3 van W. Snijders,’ 22 oktober 1974, p. 2.

Vergeleken met de Toelichting van het Driemanschap zijn er echter twee wijzigingen. Waar Drion het oog heeft op het bewijsrechtelijke voordeel van de vordering uit onverschuldigde betaling ten opzichte van de *rei vindicatio*,³³³ spreekt Snijders van het voordeel ten opzichte van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Hier gaat een ander verschil achter schuil. De reden dat Drion niet inging op het bewijsrechtelijke voordeel ten opzichte van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking was dat de solvent die een onverschuldigde betaling had verricht, en vanwege het causale stelsel eigenaar was gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak, volgens Drion niet was verarmd en de accipiënt niet was verrijkt; de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking was simpelweg niet van toepassing. De leer van Snijders impliceert dat de accipiënt van een onverschuldigde betaling a priori wel als verrijkt zou kunnen worden aangemerkt, maar dat de solvent, gezien de ‘moeilijkheden van een verrijkingsactie,’ er beter aan zou doen om uit onverschuldigde betaling te ageren. Ook in de memorie van antwoord komt de bewijsrechtelijke achtergrond van de nieuwe regeling tot uiting:

‘Dit stelsel is gekozen, omdat het wenselijk is geacht dat de schuldeiser zich in het doorsneegeval kan baseren op de eenvoudig toe te passen regeling betreffende onverschuldigde betaling. Hij kan dan volstaan met het bewijs dat *a* hij aan de ontvanger heeft gepresteerd, en dat *b* die prestatie zonder rechtsgrond is geschied.’³³⁴

§ 5.5.5 Slot

In de periode tussen de opdracht van Meijers en de invoering van het wetboek in 1992 heeft zich, wat betreft de samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio*, een ontwikkeling voorgedaan. In de Staatscommissie beantwoordde Meijers de vraag of de *rei vindicatio* kon samenlopen met de verrijkingsactie, vanwege het subsidiariteitsbeginsel, ontkennend. Waarschijnlijk had men met betrekking tot de verhouding tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* ook een ‘subsidiare’ verhouding voor ogen, in die zin dat de *condictio* pas beschikbaar kwam na het verval van de *rei vindicatio*. De opvatting van Bregstein dat de *condictio* een ‘remplaçant’ zou zijn van de *rei vindicatio* is niet naar voren gekomen, terwijl Meijers mogelijk de *condictio* voor het bezit aanvaardde, en hiermee toch de basis legde voor samenloop met de *rei vindicatio*. In de vergaderingen van het Driemanschap is duidelijk geworden dat de samenloop tussen de *condictio* en de *rei vindicatio* mogelijk en gewenst was. Hiermee werd de opvatting van Bregstein verworpen. In de besprekingen van het Driemanschap is bovendien duidelijk geworden dat de *condictio* niet langer werd beschouwd als een toepassing van de verrijkingsvordering, maar slechts als een vordering die ertoe strekt een ongerechtvaardigde ver-

333 Zie de notulen van de 128^e en 151^e bespreking, *supra*, n. 295 en 304.

334 PG Boek 6, p. 804.

rijking te voorkomen.³³⁵ Een solvent kan daarom de *condictio* instellen, ook wanneer hij nog eigenaar is van de onverschuldigd betaalde zaak. In het wetsontwerp zijn de afdelingen over de onverschuldigde betaling en de ongerechtvaardigde verrijking daarom gescheiden gebleven. Regeringscommissaris Snijders heeft het ontwerp en de toelichting op dit punt niet wezenlijk gewijzigd, maar bevestigt de opvatting van het Driemanschap dat de *condictio* een vordering moet zijn die, vanuit bewijsrechtelijk oogpunt, vooral makkelijk moet zijn toe te passen. In de volgende paragraaf wordt dit bewijsrechtelijke argument, en enkele andere praktische aspecten van de samenloop, nader gezien.

§ 5.6 PRAKTISCHE ASPECTEN

§ 5.6.1 Inleiding

Wanneer een solvent een zaak onverschuldigd heeft betaald, kan hij zijn vordering zowel baseren op de *rei vindicatio* als op de *condictio*. Het toepassingsbereik van beide regelingen overlapt, maar komt niet volledig overeen. Waar met de *rei vindicatio* immers alleen een zaak kan worden opgevorderd, dat wil zeggen een voor menselijke beheersing vatbaar stoffelijk object,³³⁶ heeft de regeling over de onverschuldigde betaling betrekking op alle goederen, niet alleen zaken maar ook vermogensrechten.³³⁷ Steeds wanneer bij wijze van onverschuldigde betaling een (roerende of onroerende) zaak is geleverd, overlappen beide regelingen.

Door het verdwijnen van de actiëndwang staat niet langer voorafgaand aan het proces al vast op welke rechtsgrond de rechter dient te oordelen.³³⁸ Er is geen sprake meer van samenloop tussen acties maar van samenloop van rechtsregels of van (rechtsgronden voor) vorderingsrechten.³³⁹ De eiser hoeft in zijn dagvaarding niet naar art. 5:2 BW of art. 6:203 BW te verwijzen of de *rei vindicatio* of de vordering uit onverschuldigde betaling te benoemen, en dient dus ook geen 'keuze' te maken op welke grondslag hij zijn

335 Ook de Hoge Raad heeft, anticiperend op het NBW, overwogen dat degene die een onverschuldigde betaling had verricht niet diende te stellen dat de accipiënt door die betaling ongegrond was verrijkt; zie HR 1 februari 1985, NJ 1986, 375 (*Mijstocit/IIB*; m.nt. C.J.H. Brunner). Het ging in deze zaak om een huurder die onverschuldigd aan de verhuurder omzetbelasting had afgedragen. Brunner schrijft in zijn annotatie dat de Hoge Raad met dit arrest het recht in het aanstaande NBW dicht is genaderd. Zie voor de vraag in welke mate de Hoge Raad onder het OBW waarde hechtte aan het verrijkingsbeginsel, de voornoemde conclusie van A.-G. Franx bij HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (*SVB/Stichting St. Jansgeleen*; m.nt. G.J. Scholten).

336 Art. 3:2 BW.

337 Art. 3:1 BW.

338 De *oorzaak* van de in het huidige recht bestaande samenloop tussen de vordering uit onverschuldigde betaling en de *rei vindicatio* kan echter niet worden gevonden in de afschaffing van het actiënrecht. Anders, ten onrechte: Zwalve, *GrOM* 13, p. 84.

339 Brunner, *Samenloop*, p. 4–5; Boukema, *Samenloop*, nr. 1; zie § 1.3, *supra*, p. 4.

vordering baseert.³⁴⁰ De eiser dient in zijn dagvaarding slechts de feiten aan te voeren van hetgeen door hem wordt gevorderd. In het Nederlandse procesrecht geldt immers de canoniekrechtelijke regel *da mihi factum, dabo tibi ius*,³⁴¹ op grond waarvan de eiser ermee kan volstaan voldoende feiten te stellen, en bij betwisting te bewijzen. De rechter dient ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen:³⁴² *ius curia novit*.

De eiser dient zich wel bewust te zijn welke feiten hij aan zijn vordering ten grondslag legt. Zowel het *petitum*, het onderwerp van de eis, als het *fundamentum petendi*, de feitelijke grondslag van hetgeen de eiser voor zijn eis aanvoert en de motivering waar de eis op berust, behoren tot de feitelijke gronden die de eiser aan zijn vordering ten grondslag dient te leggen.³⁴³ Het *petitum* van beide rechtsgronden zal in de praktijk gelijk zijn: zolang de gedaagde tot afgifte van de zaak in staat is, leiden zowel de *rei vindicatio* als de vordering uit onverschuldigde betaling tot een veroordeling om de onverschuldigd betaalde zaak terug te geven. De feitelijke grondslag van de *rei vindicatio* verschilt evenwel van die van de onverschuldigde betaling.³⁴⁴ Hetzelfde ‘feitelijke gebeuren’³⁴⁵ – de solvent verricht een onverschuldigde betaling met een aan hem toebehorende zaak – kan weliswaar tot toepassing van twee rechtsgronden leiden, maar de feiten die de eiser aan zijn vordering ten grondslag dient te leggen, verschillen. In het kader van de *rei vindicatio* dient de eiser te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat hij eigenaar is van de zaak, en dat de gedaagde deze zaak onder zich heeft.³⁴⁶ In het kader van de vordering uit onverschuldigde betaling dient de eiser te stellen dat hij aan de gedaagde een betaling heeft verricht, en dat voor deze betaling een rechtsgrond ontbreekt. De eiser zal zich bij het uitbrengen van de dagvaarding dus dienen te bedenken op welke rechtsgrond zijn vordering kan worden toegewezen, ook al dient hij deze niet zelf te kwalificeren. Zo kan het voor de eiser, in het geval van faillissement van de gedaagde, van belang zijn dat hij de zaak kan revindiceren: hij dient zich dan op zijn eigendomsrecht te beroepen.³⁴⁷ Het is dus niet irrelevant op welke rechtsgrond de rechter tot veroordeling kan overgaan.

Deze en enkele andere praktische aspecten van de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* in het geldende recht komen in deze paragraaf aan de orde. Verschillen tussen beide vorderingen zijn niet alleen gelegen in de situatie waarin de accipiënt in staat van faillissement verkeert (§ 5.6.2), maar ook in die waarin de onverschuldigd betaalde zaak aan een derde is

340 Cf. Brunner, *Samenloop*, p. 6.

341 Decretalen van Gregorius IX, 2,1,6 (Alexander III).

342 Art. 25 Rv.

343 Zie art. 111, lid 2, sub d Rv: het exploit van de dagvaarding vermeldt ‘de eis en de gronden daarvan.’

344 Zie de beschouwing van Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, p. 153 sq., over de samenloop van feitencomplexen, rechtgronden.

345 In die zin: Snijders, *Speculum Langemeijer*, p. 454.

346 Zie Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, p. 22.

347 In die zin ook: Vriesendorp, *RM Themis* 1984, p. 12.

doorgeleverd (§ 5.6.3). Ook dient men te bedenken dat de *condictio* en de *rei vindicatio* aan verschillende verjaringstermijnen zijn gebonden (§ 5.6.4). Daarnaast komt de vraag aan de orde of beide acties verschillende nevenvorderingen hebben (§ 5.6.5), en of op de eiser een verschillende bewijslast rust (§ 5.6.6). Inzicht in deze praktische aspecten is van belang in het kader van de beoordeling van de vraag of samenloop tussen de *rei vindicatio* en *condictio* naar Nederlands recht gewenst is.

§ 5.6.2 Faillissement van de accipiënt

In het faillissement, de ‘Grote Lakmoesproef van het vermogensrecht’,³⁴⁸ treedt het verschil aan het licht tussen de grondslagen van de *rei vindicatio* en van de *condictio*. Indien de solvent nog eigenaar is van de zaak die hij onverschuldigd heeft betaald aan de accipiënt, wordt hij niet geraakt door het faillissement van de accipiënt, en kan hij van de curator afgifte verlangen van de onverschuldigd betaalde zaak, die immers geen onderdeel uitmaakt van de failliete boedel.³⁴⁹ Wanneer de onverschuldigd betaalde zaak wel tot het vermogen van de accipiënt is gaan behoren, omdat de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak op originele wijze heeft verkregen, zoals bij geldbetalingen meestal het geval zal zijn,³⁵⁰ zal de solvent, wil hij meedelen in de executieopbrengst van de failliete boedel, zijn vordering uit onverschuldigde betaling ter verificatie bij de curator indienen.³⁵¹ De solvent heeft de positie van concurrent crediteur en deelt slechts naar evenredigheid van de omvang van zijn vordering mee in het restant van de executieopbrengst.³⁵²

Het moment waarop de onverschuldigde betaling werd verricht is van belang. Een betaling vóór het intreden van het faillissement leidt steeds tot een concurrente vordering. Maar vond de betaling daarna plaats, dan is het volgens de Hoge Raad van belang of de betaling het gevolg was van een ‘onmiskkenbare vergissing.’ Is dat het geval, dan moet de curator handelen volgens ‘hetgeen in het maatschappelijk verkeer als betamelijk wordt beschouwd.’ Dat houdt in dat hij de vordering uit onverschuldigde betaling als ‘super-preferent’ aanmerkt en direct tot restitutie overgaat.³⁵³ Het recht van de solvent komt in dit laatste geval dus, in praktische zin, overeen met

348 Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, p. 7.

349 Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, § 4.2.4.

350 Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld*, p. 35.

351 Art. 110 Fw.

352 Art. 3:277 BW. De rechter-commissaris bepaalt het percentage van de vordering dat de concurrente schuldeisers terugkrijgen; dit blijkt op de uitdelingslijst van de curator; zie art. 180 Fw.

353 De Hoge Raad heeft deze regel aanvaard in HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*; m.nt. P. van Schilfgaarde). De terugbetaling vormt een uitzondering op de regel van art. 24 Fw, waaruit volgt dat de boedel voor verbintenissen die zijn ontstaan na de faillietverklaring, slechts aansprakelijk is wanneer deze daarbij is gebaat. De Hoge Raad heeft het arrest bevestigd in HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (*Van der Werff q.q./BLG*; m.nt. P. van Schilfgaarde). Zie in de literatuur over deze kwestie: Polak/Pannevis, *Insolventierecht*, § 11.6.4; Wessels, *Insolventierecht II*, § 2171–76.

een goederenrechtelijke aanspraak. Het criterium van de 'onmiskkenbare vergissing' lijkt een herintroductie van het Romeinsrechtelijke dwalingsvereiste in te houden,³⁵⁴ maar dit is niet het geval. De Hoge Raad wil met dit criterium een onderscheid maken tussen enerzijds gevallen waarin 'een betaling is gedaan die – ten gevolge van het met terugwerkende kracht tot een vóór de faillietverklaring gelegen tijdstip vervallen van de rechtsgrond – achteraf onverschuldigd bleek te zijn,' en anderzijds gevallen waarin tussen de solvent en de gefailleerde accipiënt 'geen rechtsverhouding bestaat of heeft bestaan.'³⁵⁵ Alleen in het laatste geval acht de Hoge Raad een 'onmiskkenbare vergissing' aanwezig die een 'super-preferente' behandeling rechtvaardigt, terwijl deze behandeling 'met name' in het eerste geval dient te worden voorkomen.³⁵⁶ In *Ontvanger/Hamm q.q.* had een solvent zich vergist 'ten aanzien van de persoon aan wie betaald moest worden,'³⁵⁷ en dit was een geval dat onder de tweede categorie viel zodat de curator de vordering van de solvent met voorrang diende te behandelen.

De vraag rijst of het onderscheid tussen de preferente behandeling van de solvent die, in plaats van aan zijn eigen crediteur, op de dag van faillietverklaring aan de gefailleerde betaalde,³⁵⁸ ten opzichte van de solvent die hetzelfde deed op de dag vóór de faillietverklaring, is gerechtvaardigd. De Hoge Raad gebruikt de 'omstandigheid dat de wet aan vorderingen uit onverschuldigde betaling geen voorrecht verbindt' als argument voor de preferente behandeling van betalingen na het faillissement.³⁵⁹ Dit argument gaat echter ook op voor betalingen die vóór de datum van faillietverklaring werden verricht, nu de solvent in dat geval evenmin zekerheid voor zijn vordering zal hebben bedongen.³⁶⁰ Maar waar dit onderscheid nog op praktische gronden te verdedigen is – een 'super-preferente' behandeling is immers eerder gerechtvaardigd voor betalingen die de curator ziet binnenkomen – is dat niet het geval voor het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen verschillende betalingen die staande het faillissement aan de failliet zijn gedaan en al dan niet op een 'onmiskkenbare vergissing' berusten. Dit onderscheid is weinig principieel. Waarom zou de solvent die onverschuldigd betaalde omdat hij, nadat hij zijn schuld bij de accipiënt reeds had ingelost, door een fout in zijn administratie nogmaals tot betaling aan de, inmiddels gefailleerde, accipiënt overging, anders behandeld dienen te worden dan de solvent die, door een andere administratiefout, zijn schuld bij vergissing aan een gefailleerde persoon voldeed die nooit zijn crediteur was geweest? Volgens de Hoge Raad

354 Zie, over de afschaffing van dit dwalingsvereiste, *supra*, n. 9.

355 Dit is het geval in *Ontvanger/Hamm q.q.*, r.ov. 3.4.

356 *Van der Werff q.q./BLG*, r.ov. 3.3.3.

357 Dit is dus een geval dat zou vallen onder art. 1397 OBW: 'Wanneer iemand die bij vergissing meent schuldenaar te zijn eene schuld betaald heeft, is hij gerechtigd om het betaalde van den schuldeischer terug te vorderen.' Zie art. 1377 (oud), art. 1302-2 Cc.

358 Het betaalde bedrag zal dan, gezien de werking van de regel dat de faillietverklaring terugwerkt tot het begin van de dag waarop de faillietverklaring werd uitgesproken, in de failliete boedel vallen; zie art. 23 Fw.

359 *Ontvanger/Hamm q.q.*, r.ov. 3.4.

360 Zie dit argument (tegen de Hoge Raad) ook bij Zwolve, *WPNR* 6365, p. 548; *GrOM* 13, p. 92.

zou er alleen in het laatste geval sprake zijn van een 'onmiskkenbare vergissing,' en zou de betaling in het eerste geval, nu er tussen de partijen een rechtsverhouding heeft bestaan, geen 'super-preferente' behandeling verdienen.

Behalve in het geval waarin de Hoge Raad aan de solvent, op grond van de rechtspraak in *Ontvanger/Hamm q.q.*, praktisch gezien een goederenrechtelijke aanspraak verleent, bevindt de solvent die de zaak kan revindiceren, zich in een sterkere positie dan de solvent die slechts de *condictio indebiti* tot zijn beschikking heeft. Het causale stelsel komt, zolang de onverschuldigd betaalde zaak nog voorhanden is, tegemoet aan de belangen van de solvent. De 'grievende onbillijkheid'³⁶¹ waar het abstracte stelsel volgens Van Oven toe zou leiden, is daarmee deels weggenomen.

§ 5.6.3 Samenloop in twee- en drie-partijen-situaties

Net zoals in het Romeinse recht, rijst de vraag of een eiser achtereenvolgens op grond van zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* kan procederen.³⁶² Als de solvent de zaak die hij onverschuldigd heeft betaald, van de accipiënt heeft kunnen revindiceren, kan hij dan alsnog op grond van de *condictio* procederen? In het geval dat de accipiënt in de *rei vindicatio* een onbeschadigde zaak restitueert is er bij de solvent niet langer sprake van een schadepost en zal hij niet alsnog met de *condictio* kunnen ageren. De reden daarvan kan ófwel zijn gelegen in het gegeven dat de ongedaanmakingsverbintenis met de teruggave van de zaak is komen te vervallen,³⁶³ ófwel in de stelling dat de solvent niet langer belang heeft bij zijn vordering,³⁶⁴ ófwel in de mogelijkheid van het verweer dat de accipiënt tegen deze vordering zou kunnen voeren. Dit verweermiddel zou inhouden dat de solvent zich ten koste van hém ongerechtvaardigd zou verrijken als deze van hem alsnog met de vordering uit onverschuldigde betaling de waarde van de zaak zou kunnen vorderen.³⁶⁵

361 Van Oven, *Praeadvies*, p. 111, en ook *NJB* 15, p. 442.

362 Zie voor deze samenloop in het kader van D. 47,2,9,1, § 2.4.4, *supra*, p. 57. Bij de bespreking van de samenloop tussen beide acties wordt de volgorde aangehouden waarin Pomponius in deze tekst de verhouding tussen de *rei vindicatio* en de *condictio furtiva* bespreekt.

363 De prestatie is immers ongedaan gemaakt; zie Vriesendorp, *RM Themis* 1984, p. 14. Vriesendorp, p. 13, n. 55, stelt overigens wel dat de verbintenis van de accipiënt door teruggave van de zaak (door een derde) niet teniet is gegaan, omdat deze op grond van 'een eigen verplichting de zaak heeft moeten afstaan.' Dat is waar, maar het is niet duidelijk waarom met de teruggave de verbintenis niet óók teniet kan zijn gegaan. Men dient te bedenken dat reeds Gaius stelt dat dat wanneer de solvent de zaak zelf terug heeft ontvangen, hij niet langer de *condictio* kan instellen; zie D. 47,2,55(54),3, *supra*, p. 31, n. 137.

364 Art. 3:303 BW.

365 Dit op de ongerechtvaardigde verrijking gebaseerde verweermiddel wordt uitgewerkt door Hartkamp, *WPNR* 6441, p. 328.

Als de solvent deze vergoeding immers wél zou kunnen opeisen, zou hij door de accipiënt direct zelf kunnen worden aangesproken met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking.³⁶⁶ In het geval dat de accipiënt evenwel een in waarde verminderde zaak teruggeeft schiet hij mogelijk tekort in de nakoming van de op hem rustende ongedaanmakingsverbintenis. Als deze tekortkoming aan hem kan worden toegerekend, zal hij verplicht zijn de (rest)schade van de solvent te vergoeden.³⁶⁷ In termen van het Romeinse recht gesproken, doet zich dus tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* geen directe procesconsumptie voor. Toch doet zich, net zoals in het Romeinse recht, geen cumulatieve, maar alternatieve samenloop voor: de eiser dient, uiteindelijk, niet twee maal de waarde van de onverschuldigd betaalde zaak te verkrijgen.

Ditzelfde geldt als de solvent, omgekeerd, aanvankelijk uit onverschuldigde betaling heeft geprocedeerd maar er later achter komt dat de gedaagde de onverschuldigd betaalde zaak nog in bezit heeft. Hij zal dan alsnog kunnen revindiceren. De accipiënt zal dan echter op zijn beurt een *condictio* tegen de solvent kunnen instellen omdat de basis voor de schadevergoeding die hij eerder voldeed, met het herkrijgen door de eigenaar van de zaak zelf, is komen te vervallen.³⁶⁸

De zaak ligt gecompliceerder in het geval dat de accipiënt de onverschuldigd geleverde zaak aan een derde heeft doorgeleverd.³⁶⁹ Naast het failissement van de accipiënt is dit het andere klassieke geval waarin het verschil tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* aan het licht treedt. De solvent is, gezien het causale stelsel, in beginsel eigenaar gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak en heeft de mogelijkheid om zowel de accipiënt met de *condictio* aan te spreken als de derde met de *rei vindicatio*.³⁷⁰ Voorwaarde daarbij is wel dat de derde geen aanspraak heeft kunnen doen op een vorm van derdenbescherming of verkrijgende verjaring.³⁷¹

366 Vanwege het beginsel dat men niet datgene moet kunnen opeisen wat men direct weer moet afstaan, *supra*, p. 93, n. 466, kan de accipiënt de *condictio* van de solvent afweren, nu deze zijn eigen zaak weer heeft teruggekregen.

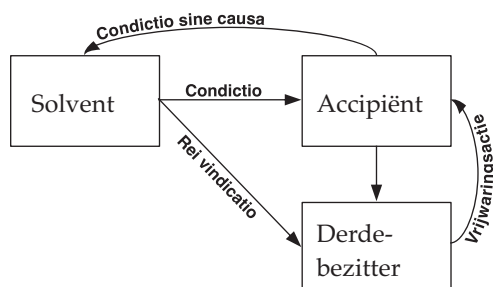
367 Art. 6:74 BW. Zie ook Bartels, *Titel*, p. 134–35.

368 Cf. D. 12,7,2, waarover *supra*, p. 66, n. 315.

369 Zie reeds de bespreking van deze vraag in het Franse recht, § 5.3.5, *supra*, p. 186.

370 Zie de beschouwing van Diephuis over deze situatie, *supra*, n. 165.

371 Zie art. 3:86 BW, op grond waarvan degene die een roerende zaak te goeder trouw, om baat, en op grond van een geldige titel heeft verkregen, beschermd wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de tradent en deze de eigendom van deze zaak verkrijgt. Ten opzichte van het Franse recht zijn de mogelijkheden van verkrijging door een derde enger in die zin dat de ‘prescription instantanée’ *non a domino* niet het vereiste van een geldige titel stelt. Aan de andere kant biedt art. 3:88 BW ook bescherming aan de verkrijger van een onroerende zaak. Ook is het mogelijk dat de derde op grond van de verkrijgende verjaring van art. 3:99 BW eigenaar is geworden.



Twee situaties dienen zich aan. Ten eerste is dat de situatie waarin de solvent eerst met de *rei vindicatio* tegen de derde-bezitter procedeert en vervolgens de accipiënt op grond van de *condictio* in rechte betreft. Ook hier geldt dat de solvent de accipiënt kan aanspreken met de *condictio* voor de schade die hij heeft geleden als hij een in waarde gedaalde zaak heeft teruggekregen. Wanneer de solvent de zaak zelf heeft teruggekregen en deze niet in waarde is gedaald, zal hij daarentegen geen belang meer hebben bij de *condictio*.

Eerder zal zich de omgekeerde situatie voordoen waarbij de solvent eerst de accipiënt, die hij immers kent, heeft aangesproken uit onverschuldigde betaling, en hij later de onverschuldigd betaalde zaak zelf op het spoor is gekomen bij een derde, van wie hij de zaak wenst te revindiceren.³⁷² De accipiënt is niet langer in staat de onverschuldigd betaalde zaak terug te geven en schiet daarom tekort in zijn verplichting tot teruggave. Als de accipiënt de zaak heeft doorverkocht 'in een periode waarin hij redelijkerwijze met een verplichting tot teruggave van het goed geen rekening behoefde te houden',³⁷³ wordt dit hem niet aangerekend en is hij slechts verplicht tot het afdragen van de door hem ontvangen verrijking.³⁷⁴ Was de accipiënt evenwel te kwader trouw, dan is hij, net zoals de dief in het Romeinse recht,³⁷⁵ zonder ingebrekestelling in verzuim, en is hij aansprakelijk voor het niet-nakomen van de verplichting tot teruggave.³⁷⁶ De vraag rijst of de derde-bezitter zich tegen de *rei vindicatio* kan verweren. Vriesendorp stelt dat als de solvent in de *condictio* reeds een vergoeding van de accipiënt heeft verkregen, dit niet betekent dat de derde 'altijd succes' zal hebben met het verweer dat de solvent geen belang meer heeft bij zijn *rei vindicatio*. Hieraan voegt hij toe dat de eigenaar wél belang zal hebben bij zijn *rei vindicatio* in het geval

372 Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 14, neemt aan dat zich in het eerste geval alternatieve samenloop voordoet en in het tweede geval cumulatieve samenloop.

373 Art. 6:204, lid 1; de tekortkoming in de verplichting tot teruggave kan de accipiënt niet worden toegerekend. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 166 sq.

374 Art. 6:204, lid 1 jo. art. 6:74 jo. art. 6:78 BW; zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 170. Art. 6:78 is een toepassing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking; een afzonderlijk artikel vergelijkbaar met art. 1399 OBW (art. 1380 (oud) Cc) op grond waarvan op de ontvanger de verplichting wordt gelegd de ontvangen koopprijs terug te geven, bestaat niet meer.

375 D. 13,1,8,1 (Ulpianus), *supra*, p. 37, n. 171.

376 Art. 6:205 jo. art. 6:84 BW. Zie Scheltema, *Onverschuldigde betaling*, p. 173.

de accipiënt de zaak voor een bedrag heeft verkocht dat beneden de marktwaarde lag en hij, op grond van art. 6:204 BW, ook dit lagere bedrag aan de solvent/eigenaar heeft moeten afdragen, die zo met een restschade is achtergebleven.³⁷⁷ Men kan echter betwijfelen of de beschikbaarheid van de *rei vindicatio* afhankelijk zou moeten zijn van het 'belang' dat de eigenaar bij deze actie heeft. Met betrekking tot de *condictio* kan men inderdaad met recht stellen dat de eiser, nadat hij zijn zaak in de *rei vindicatio* heeft teruggekregen, geen belang meer heeft om de waarde van de zaak alsnog te kunnen vorderen met een *condictio*. Ook Pomponius droeg de rechter in het *arbitrium* van de *rei vindicatio* immers op om de eiser afstand te laten doen van de *condictio*. De eiser zou, wanneer hij nogmaals de waarde van de zaak met de *condictio* zou kunnen opvorderen, ongerechtvaardigd worden verrijkt; hij zou dan in feite iets opvorderen wat hij direct weer zou moeten afgeven. Bij de *rei vindicatio* liggen de zaken anders. Het afwijzen van de *rei vindicatio* wegens een gebrek aan belang zou leiden tot een scheiding van eigendom en bezit, nu de *rei vindicatio* van de eigenaar krachteloos zou zijn geworden. De eigenaar die een *rei vindicatio* instelt kan per definitie niet worden verrijkt met zijn eigen zaak. Een verrijking ontstaat pas als hij het van de accipiënt ontvangen bedrag óók zou behouden. De voorwaarde dat de eigenaar een belang heeft bij de *rei vindicatio* is daarom niet op zijn plaats.³⁷⁸

Wanneer de eiser met succes de *rei vindicatio* heeft ingesteld, nadat hij reeds op grond van de *condictio* een vergoeding voor de waarde van de zaak had ontvangen, doet zich de volgende situatie voor. Afhankelijk van de contractuele band van de derde met de accipiënt, bestaat de mogelijkheid dat de derde, onder wie de zaak is gerevindiceerd, de accipiënt met een vrijwaringsactie aansprakelijk stelt. De accipiënt zelf heeft daarnaast de mogelijkheid om het door hem aan de solvent in de *condictio* betaalde bedrag, terug te vorderen. In de literatuur wordt verdedigd dat deze laatste vordering er één is uit ongerechtvaardigde verrijking en dat de accipiënt, alvorens deze te kunnen instellen, zal moet wachten tot hij zelf in vrijwaring door de derde is aangesproken.³⁷⁹ Beide punten kunnen worden betwijfeld. Op het moment dat de solvent de zaak zelf, in onbeschadigde toestand, heeft teruggekregen, is de grondslag van de eerdere betaling die hij van de accipiënt ontving, weggefallen. De accipiënt hoeft dan ook niet te wachten tot hij zelf in vrijwaring is opgeroepen door de derde maar kan, zodra hij heeft vernomen dat de solvent de zaak weer in bezit heeft gekregen, een rechtsvordering tegen de solvent instellen. Dat is ook praktisch, want gedurende de tijd dat hij wacht, draagt hij het insolventierisico van de solvent. De vordering die

377 In die zin: Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 14; instemmend Bartels, *Titel*, p. 136.

378 Ook Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 16, stelt, na de mogelijkheid te hebben onderzocht en afgewezen dat de betaling van de vergoeding door de accipiënt leidt tot convalescentie van de levering, waardoor de derde van een beschikkingsbevoegde heeft verkregen en zelf eigenaar is geworden, dat de solvent zijn zaak 'in beginsel' zal kunnen opvorderen van de derde.

379 Vriesendorp, *RMTh* 1984, p. 14.

de accipiënt tegen de solvent instelt hoeft bovendien niet een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking te zijn. Een *condictio* ligt voor de hand. Ook in het Romeinse recht stond de *condictio sine causa* ter beschikking aan de voller die een schadevergoeding had betaald voor het verlies van kledingstukken die naderhand door de eigenaar waren teruggevonden.³⁸⁰ De vergelijking met de casus van de voller maakt ook duidelijk dat de accipiënt het door hem betaalde bedrag van de solvent kan terugvorderen, niet alleen ongeacht de vraag of hij zelf al in vrijwaring is opgeroepen, maar ook ongeacht de vraag of hij in vrijwaring kan worden opgeroepen. Ook als de accipiënt de onverschuldigd betaalde zaak heeft verkocht aan een derde, maar er in de koopovereenkomst een exoneratiebeding is opgenomen op grond waarvan hij niet door de koper aansprakelijk kan worden gesteld – of wanneer hij de zaak heeft verloren, zoals in de casus van de voller – verandert dit niets aan het feit dat de grondslag voor de vergoeding die de accipiënt reeds aan de solvent heeft betaald, wegvalt zodra de solvent zijn zaak zelf terug heeft ontvangen en diens schade daarmee is weggenomen. Wanneer men de actie van de accipiënt tegen de solvent nu, zoals Vriesendorp, als een verrijkingsactie zou opvatten, dan zou een verarming vereist zijn, en dient de accipiënt zelf reeds uit vrijwaring aangesproken te zijn. Nu er sprake geweest is van een directe betaling van de accipiënt aan de solvent ligt een *condictio* echter het meest voor de hand.

Deze casus geeft bovendien aanleiding tot een andere vraag. Als de solvent de accipiënt reeds succesvol met de *condictio* had aangesproken, zou de derde-bezitter dan, nadat hij is aangesproken met de *rei vindicatio*, van de solvent kunnen verlangen dat deze afstand doet van het bedrag dat hij reeds in de *condictio* van de accipiënt heeft verkregen? Deze vraag is in het kader van het Romeinse recht reeds opgeworpen, maar, vanwege de beperkte werking van het *arbitrium iudicis* in de *rei vindicatio*, in negatieve zin beantwoord.³⁸¹ Zou deze mogelijkheid naar Nederlands recht wel kunnen bestaan?³⁸² Vóór deze oplossing pleit dat de derde niet het insolventierisico van de accipiënt dient te dragen, en de accipiënt niet dat van de solvent, terwijl men, door de mogelijkheid te aanvaarden voor de derde-bezitter om afstand te verlangen, bovendien twee betalingen zou uitsparen.³⁸³ De vraag rijst of het huidige art. 6:212 BW een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de derde tegen de solvent mogelijk zou kunnen maken. Als dat immers het geval zou zijn, zou het voor de derde-bezitter wellicht mogelijk zijn om tegen de *rei vindicatio* een op de dreigende ongerechtvaardigde verrijking van de eigenaar gebaseerd verweermiddel in te roepen.³⁸⁴ De derde-

380 Cf. D. 12,7,2, waarover *supra*, p. 66, n. 315; in dit geval spreekt men ook van de *condictio ob causam finitam*; zie Zimmermann, *Obligations*, p. 855.

381 *Supra*, p. 65.

382 *Supra*, p. 66, n. 316, werd reeds verwezen naar de opvatting van Jansen, die deze oplossing voor het Nederlandse recht voorstaat.

383 Dit zijn de voordelen die bij de bespreking van deze casus in het Romeinse recht ook zijn genoemd.

384 Cf. Hartkamp, *WPNR* 6441, p. 328.

bezitter zal dan wel moeten aantonen dat hij verarmd is en de eigenaar verrijkt, en dat tussen deze verarming en verrijking een causaal verband bestaat. Men zou zeggen dat de verrijking van de eigenaar het gevolg is van het feit dat hij reeds uit onverschuldigde betaling tegen de accipiënt heeft geageerd, en dat er geen causaal verband bestaat met de 'verarming' van de derde-bezitter. Bovendien zou men kunnen stellen dat de derde-bezitter niet verarmd is, omdat hij nog een contractuele vordering uit vrijwaring heeft tegen de accipiënt. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat het feit dat een partij ook nog een contractuele vordering heeft, niet in de weg staat aan het oordeel dat deze partij schade heeft geleden.³⁸⁵ Ook omdat in dit arrest (*Setz/Brunings*) het causaliteitsvereiste van art. 6:212 BW niet strikt wordt gehanteerd, zou een vordering, en een verweermiddel, uit ongerechtvaardigde verrijking denkbaar zijn.

Tot slot rijst de vraag hoe de spiegelbeeldige situatie dient te worden beoordeeld waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* niet aan dezelfde eiser tegen verschillende gedaagden ter beschikking staat, maar aan verschillende eisers tegen dezelfde gedaagde. De situatie bij uitstek waarin deze vraag rijst is die waarin een eigenaar zijn zaak in bewaring heeft gegeven en de bewaarnemer met deze zaak een onverschuldigde betaling heeft verricht aan een accipiënt aan wie geen beroep op verkrijging te goeder trouw toekomt. Dit is, opnieuw, het geval dat aan D. 12,6,15,1 ten grondslag zou kunnen liggen, de tekst van Paulus die als een rode draad door dit boek loopt.³⁸⁶ Bij de bespreking van deze drie-partijen-relatie werd in het kader van die tekst overwogen dat als de bewaargever zijn zaak revindiceerde van de accipiënt, de *condictio*, vanwege het feit dat zich geen procesconsumptie voerde, aan de bewaarnemer behouden bleef, maar met de *exceptio doli* kon worden afgeweerd.³⁸⁷ In het Nederlandse recht zou deze vordering wegens gebrek aan belang eveneens worden afgewezen, nu de bewaarnemer, nadat de zaak is gerestitueerd aan de bewaargever, zelf niet meer bloot staat aan een contractuele actie van de bewaargever. Wanneer het omgekeerde geval zich zou voordoen waarbij de bewaarnemer had gecondiceerd – welke *condictio* niet had geresulteerd in restitutie van de zaak, maar slechts in de betaling van een schadevergoeding – en de bewaargever zijn zaak vervolgens van de accipiënt wenst te revindiceren, dan kan aan deze *rei vindicatio* niets in de weg worden gelegd. De bewaargever verkrijgt immers zijn eigen zaak terug. De accipiënt zou dan evenwel de mogelijkheid moeten hebben om het in de *condictio* aan de bewaarnemer betaalde bedrag terug te vorderen, nu de grond voor deze betaling achteraf is weggefallen.

385 HR 27 juni 1997, NJ 1997, 719 (*Setz/Brunings*; m.nt. Jac. Hijma), r.ov. 3.4.2; Wissink, *Preadvies*, p. 265 sq.

386 D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

387 Zie de bespreking van deze samenloop in het kader van D. 12,6,15,1, *supra*, p. 92.

§ 5.6.4 Verjaring

Aan de *rei vindicatio* en de *condictio* zijn verschillende verjaringstermijnen verbonden. De *rei vindicatio* verjaart na twintig jaar.³⁸⁸ De vordering uit onverschuldigde betaling verjaart vijf jaar nadat de solvent bekend is geworden met het feit dat hij een onverschuldigde betaling heeft verricht en weet wie de accipiënt is, en maximaal twintig jaar na de betaling.³⁸⁹ Het uiteenlopen van deze verjaringstermijnen betekent dat zich het geval kan voordoen dat de *condictio* is verjaard, maar de *rei vindicatio* nog maximaal vijftien jaar blijft bestaan.³⁹⁰ Andersom is het mogelijk dat de *rei vindicatio* is vervallen omdat de accipiënt, of een derde, na drie of tien jaar op grond van verkrijgende verjaring eigenaar is geworden.³⁹¹ In het geval dat de accipiënt zich kan beroepen op de driejarige verjaringstermijn van art. 3:99 BW, duurt de *condictio* nog twee jaar voort. Als vervolgens ook de *condictio* is verjaard, blijft slechts een natuurlijke verbintenis bestaan.³⁹²

Hoewel wij ons na de werking van de verkrijgende verjaring begeven buiten het terrein van de samenloop met de *rei vindicatio*, valt het op dat de inhoud van de ongedaanmakingsverbintenis op het moment van de verjaring verandert. Vóór de verjaring houdt de ongedaanmakingsverbintenis in dat de accipiënt aan de solvent opnieuw het bezit van de onverschuldigd betaalde zaak verschafft, daarna dat hij deze zaak in eigendom moet overdragen. De ongedaanmakingsverbintenis ziet hier dus op het verschaffen van de eigendom terwijl de solvent wellicht oorspronkelijk alleen maar het bezit had geleverd, dat na drie jaar onder de accipiënt tot eigendom is uitgegroeid. Ook hier is er een opvallende parallel met D. 12,6,15,1, waarin Paulus, in het derde deel van deze tekst,³⁹³ overweegt dat de *condictio* van toepassing blijft, óók nadat de accipiënt op grond van de *praescriptio longi temporis* de eigendom van de onverschuldigd geleverde zaak heeft verkregen. Na vergelijking met die tekst, valt het ook op dat het mogelijk is dat de solvent niet zijn eigen zaak, maar andermans zaak, bijvoorbeeld van degene van wie hij de zaak had geleend, onverschuldigd aan de accipiënt had

388 Dit is de algemene verjaringstermijn van art. 3:306 BW: 'Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren.' Op grond van art. 3:105 BW verkrijgt de bezitter na het verjaren van de *rei vindicatio* de eigendom. Dit neemt overigens niet weg dat het eigendomsverlies dat de eigenaar na twintig jaar lijdt, op zichzelf weer een grondslag kan vormen voor een vordering uit onrechtmatige daad, zoals de Hoge Raad in een *obiter dictum* heeft uitgemaakt in HR 24 februari 2017, *NJ* 2018, 141 (*Gemeente Heusden/M. en B.*; m.nt. H.J. Snijders), r.ov. 3.7.3. Ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking zou tot de mogelijkheden kunnen behoren; in die zin Jansen, *RMTh* 2018, p. 9.

389 Art. 3:309 BW: 'Een rechtsvordering uit onverschuldigde betaling verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldeiser zowel met het bestaan van zijn vordering als met de persoon van de ontvanger is bekend geworden en in ieder geval twintig jaren nadat de vordering is ontstaan.'

390 Zie ook Bartels, *Titel*, p. 129–130.

391 Art. 3:99 BW.

392 Art. 6:3 BW.

393 Zie de tekst *supra*, p. 88, n. 436, en de bespreking van dit derde deel bij n. 446.

betaald. In dat geval leidt de *condictio*, nadat de zaak op grond van verkrijgende verjaring door de solvent is verkregen, ertoe dat de solvent de eigendom van een zaak krijgt die hij voor de onverschuldigde betaling nog niet had gehad. Natuurlijk zal de solvent op zijn beurt contractueel verplicht zijn om de eigendom aan de uitlener over te dragen.

§ 5.6.5 Nevenvorderingen

Wat betreft de onverschuldigde betaling, bepaalt de wet dat de bepalingen omtrent de verhouding tussen de eigenaar en de bezitter van overeenkomstige toepassing zijn:

Art. 6:206 BW: 'De artikelen 120, 121, 123 en 124 van Boek 3 zijn van overeenkomstige toepassing met betrekking tot hetgeen daarin is bepaald omtrent de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten en schade.'

Deze wetsbepaling zorgt ervoor dat de vordering uit onverschuldigde betaling aansluit bij de regeling die in Boek 3 wordt gegeven met betrekking tot de vraag aan wie, in de verhouding tussen de eigenaar en de bezitter (of de houder, zie art. 3:124 BW), de vruchten van een zaak toekomen, wie de kosten die ten behoeve van de zaak zijn gemaakt, moet dragen, wie de schade voor bijvoorbeeld het behoud van de zaak moet dragen, en wie de schade moet dragen tot vergoeding waarvan de bezitter jegens een derde aansprakelijk mocht zijn.³⁹⁴ Deze gelijkschakeling houdt in dat wanneer aan de eiser zowel de *rei vindicatio* als de vordering uit onverschuldigde betaling ten dienste staat, de keuze tussen beide vorderingen, althans wat betreft deze genoemde nevengevolgen, geen belang heeft. Daarmee wordt ook voorkomen dat een leerstuk ontstaat met de omvang van de Duitse 'Eigentümer-Besitzer-Verhältnis'.³⁹⁵ Uit de Toelichting Meijers blijkt de intentie van de regeling:

'Ten aanzien van afgifte van vruchten en vergoeding voor ten behoeve van de zaak gemaakte kosten mag het geen verschil maken, hoe de eis wordt ingeleed. Daarom worden voor de afgifte van vruchten en de vergoeding van kosten de bepalingen daaromtrent in de titel Bezit van overeenkomstige toepassing verklaard.'³⁹⁶

De vruchten kunnen overigens evenmin via de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking van de bezitter te goeder trouw worden opgevorderd. Zoals reeds in de Parlementaire Geschiedenis wordt bepaald, levert art. 3:120, lid 1 BW een rechtvaardigingsgrond op voor deze verrijking, zodat men aan art. 6:212 BW niet meer toekomt.

³⁹⁴ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, nr. 442–43.

³⁹⁵ Zie § 4.4, *supra*, p. 165.

³⁹⁶ PG Boek 6, p. 813.

‘Een verrijking die door de wet wordt gesanctioneerd, geeft uiteraard geen grond voor toepassing van het onderhavige artikel: zij is eveneens niet ongerechtvaardigd. Een voorbeeld hiervan geeft artikel 3.5.4 lid 1 van het ontwerp [art. 3:120 lid 1 BW], welk artikel aan de bezitter te goeder trouw recht geeft op de afgescheiden natuurlijke en de opeisbaar geworden burgerlijke vruchten.’³⁹⁷

Een solvent zal wel, in aanvulling op de vordering uit onverschuldigde betaling, op grond van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking een vergoeding voor het gebruik van de zaak kunnen verkrijgen.³⁹⁸

§ 5.6.6 Bewijsrecht

Het Driemanschap heeft de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* niet alleen beschouwd als een logisch, maar ook als een wenselijk uitvloeisel van het causale stelsel, gezien de lichtere bewijslast die aan de *condictio* zou zijn verbonden.³⁹⁹ De Toelichting Meijers vermeldt dan ook:

‘Ten gevolge van het in het ontwerp aanvaarde causale stelsel van eigendoms-overdracht – men zie artikel 3.4.2.2 [art. 3:84 BW] – zal de verhouding tussen de betaler en de ontvanger van een zonder rechtsgrond gegeven zaak veelal die zijn van bezitter en eigenaar. De betaler zal de zaak dan van de ontvanger als zijn eigendom kunnen opvorderen. Maar hij kan ook zijn eis alleen op de onverschuldigheid van de betaling baseren, zodat hij geen bewijs van eigendom behoeft te leveren.’⁴⁰⁰

De vraag rijst of dit bewijsrechtelijke argument naar huidig recht nog steeds opgaat.⁴⁰¹ Ten eerste zij opgemerkt dat de Toelichting, in een aan het eind van dit fragment geplaatste voetnoot, verwijst naar de beschouwing van het Zwitserse handboek van Von Tuhr over de *condictio possessionis*. Von Tuhr overweegt op die plek dat de *condictio possessionis* van belang is wanneer een niet-beschikkingsbevoegde solvent onverschuldigd heeft betaald:

‘Hat A aber dem B nicht das Eigentum, sondern nur den Besitz einer (ihm selbst nicht gehörenden) Sache [ohne Rechtsgrund; toevoeging Von Tuhr/Peter] verschafft, so kann er auch nur Rückgabe des Besitzes verlangen; die Rückgabe des

397 PG Boek 6, p. 829–30. Ook de regeling die in art. 5:29 BW wordt gegeven ‘voor aanwas en afslag’ levert een wettelijke rechtvaardiging op voor de verrijking die het gevolg is van verplaatsing van de oeverlijn van een langs het water liggend erf.

398 PG Boek 6, p. 803; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV, nr. 419, 476.

399 *Supra*, n. 295, 304, 313.

400 PG Boek 6, p. 813. Deze passage is uiteindelijk gegeven als toelichting op art. 6:206 BW. Zie reeds het concept van deze tekst, *supra*, n. 314.

401 Het verschil in bewijslast tussen beide vorderingen wordt genoemd door Zwolve, *GrOM* 13, p. 87, n. 19; Boukema, *Samenloop*, nr. 25; Bartels, *Titel*, p. 130; Koollhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht*, p. 277.

Besitzes kann ihm aber nicht deswegen verweigert werden, weil er nicht Eigentümer war. Daher ist bei Rückforderung einer grundlos zugewendeten Sache der Beweis des Eigentums nicht erforderlich.⁴⁰²

Uit dit citaat blijkt dat het betoog van Von Tuhr betrekking heeft op een andere situatie dan die waarin het in de Toelichting Meijers is ingezet. Waar de Toelichting het immers van belang acht dat de solvent zelf de keuze heeft over de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, spreekt Von Tuhr over de situatie waarin de solvent de zaak *van een ander* ('ihm selbst nicht gehörenden') onverschuldigd heeft betaald. In het handboek van Von Tuhr, en in de dissertatie van Bussy, waar Von Tuhr op zijn beurt naar verwijst,⁴⁰³ is de *condictio possessionis* een aan de *rei vindicatio* subsidiaire actie.⁴⁰⁴ In beide werken heeft de eiser die eigenaar is niet de beschikking over de *condictio possessionis*; het belang van de *condictio possessionis* is er slechts in gelegen dat een actie ter beschikking wordt gesteld aan de eiser die géén eigenaar is. Het valt bovendien op dat de eiser, gezien de bewijsvermoedens waar hij een beroep op kan doen in geval van roerende zaken,⁴⁰⁵ niet de behoefte zal hebben aan de *condictio*, maar ook op grond van zijn voormalig bezit zal worden verlicht in de bewijslast in de *rei vindicatio*. Geldt hetzelfde naar Nederlands recht?

Op het eerste gezicht lijkt de *rei vindicatio* de eiser voor een groter bewijsrechtelijk probleem te plaatsen dan de *condictio*. In het eerste geval dient hij immers te bewijzen het beste recht op de zaak te hebben en in het tweede geval dat hij en prestatie heeft verricht zonder rechtsgrond. In de praktijk zal het verschil in bewijslast evenwel afwezig zijn. Wat betreft de bewijslastverdeling bij de opvordering van een roerende zaak heeft de Hoge Raad immers overwogen dat degene die een roerende zaak revindiceert bij conclusie van eis niet meer hoeft te stellen dan dat hij eigenaar is van het goed en dat de gedaagde het goed zonder recht of titel onder zich heeft.⁴⁰⁶ In zijn noot onder dit arrest stelt Huib Drion dat dit zowel voor roerend als onroerend goed geldt. De gedaagde die meent dat hij eigenaar is gewor-

402 Von Tuhr/Siegwart, I, p. 402–403 (en Von Tuhr/Peter, I, p. 476); zie reeds in het kader van het Zwitserse recht, *supra*, p. 164, n. 126.

403 Bussy, *Enrichissement*, nr. 66, heeft evenmin het oog op de situatie waarin beide acties aan dezelfde eiser ter beschikking staan; hij beschouwt de *condictio* immers als subsidiair aan de *rei vindicatio*: 'Mais si la possession enrichit le possesseur, il n'en résulte pas nécessairement que le dépossédé jouira d'une action en enrichissement illégitime. S'il veut recouvrer une possession perdue, la loi lui accorde déjà, nous pouvons dire dans presque toutes les hypothèses possibles, d'autres moyens de droit: ainsi la revendication, s'il est propriétaire, dont l'exercice lui est énormément facilité par les présomptions attachées à la possession en matière mobilière (art. 930 sq. C.C.S.) [...].' Vanwege het subsidiaire karakter geldt: 'la *condictio possessionis* n'aura qu'un domaine excessivement restreint.'

404 *Supra*, vanaf p. 148, n. 51.

405 Art. 930 ZGB bepaalt: '[1] Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei. [2] Für jeden früheren Besitzer besteht die Vermutung, dass er in der Zeit seines Besitzes Eigentümer der Sache gewesen ist.'

406 HR 24 november 1967, NJ 1968, 74 (*Van der Peijl/Van der Gun*; m.nt. H. Drion).

den zal dat vervolgens moeten stellen en hierbij beroep kunnen doen op de eigendomspresumptie die aan het bezit van de zaak is verbonden.⁴⁰⁷ Maar de Hoge Raad heeft overwogen dat 'indien de gedaagde antwoordt dat hem de eigendom van het goed toekomt en daarbij een beroep doet op zijn bezit van het goed, dit verweer, zo het voldoende gemotiveerd is, de eiser noodzaakt feiten en omstandigheden te stellen uit welke voortvloeit dat de gedaagde de eigendom niet heeft verworven.'⁴⁰⁸ De gedaagde kan dus een gemotiveerd beroep doen op zijn bezit, waarna het weer aan de eiser is om te bewijzen dat de gedaagde de eigendom niet heeft verworven. In dit geval had de gedaagde gesteld door koop eigenaar te zijn geworden en had de eiser hiertegen aangevoerd dat de personen die achtereenvolgens de verduisterde auto hebben gekocht, geen van allen te goeder trouw waren, waardoor ook de gedaagde geen eigendom had verkregen. De eiser had hiermee aan zijn stelplicht voldaan.⁴⁰⁹

De bewijslastverdeling bij de *rei vindicatio* van roerende zaken kwam ook aan de orde in het arrest *Kütthe/Artz*.⁴¹⁰ In deze zaak was Artz de bezitter van een wortelnoten kabinet. Kütthe beweerde dat Artz dit kabinet slechts onder zich had gekregen krachtens een overeenkomst van bruikleen die 38 jaar tevoren was gesloten, terwijl Artz beweerde het geschonken te hebben gekregen. De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het Hof dat Artz het bezit heeft in de zin van art. 2014 lid 1 OBW, en dat het daarom aan Kütthe is om feiten en omstandigheden te stellen, en bij tegenspraak te bewijzen, waaruit kan worden afgeleid dat de stelling van Artz dat van een schen-

407 Ook onder het oude recht had het bezit een processuele functie en was aan het bezit van een zaak op grond van art. 2014 OBW het wettelijk vermoeden van eigendom verbonden. Tegenwoordig geldt art. 3:119, lid 1 BW: 'De bezitter van een goed wordt vermoed rechthebbende te zijn.' In combinatie met art. 3:109, lid 1 BW, waarin bepaald is: 'Wie een goed houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden,' is aan het houden van zaak, het vermoeden van eigendom verbonden. Zie Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV, nr. 175. Zie voor registergoederen evenwel de beperking van art. 3:119, lid 2 BW.

408 HR 24 november 1967 (*Van der Peijl/Van der Gun*). Drion maakt in zijn noot duidelijk dat de Hoge Raad hiermee niet De Grooth is gevolgd in zijn stelling dat de bezitter na *Damhoff/Staat* niet meer zou kunnen volstaan met een beroep op zijn bezit als bewijs van zijn eigendom. Zie ook de memorie van antwoord bij art. 3:119 BW in PG Boek 3, p. 446: 'Wel mag van de bezitter worden gevergd dat hij tegenover degenen die zich op een beter recht beroept, nader stelt op grond waarvan hij meent rechthebbende te zijn.' Zie daarnaast HR 12 januari 1968, *NJ* 1968, 274 (*Mulder/Teixeira de Mattos c.s.*; m.nt. H. Drion) waar de Hoge Raad overweegt: 'dat, indien iemand een bepaalde onder een ander berustende roerende zaak als zijn eigendom opvoert, de gedaagde die de eigendom van de eiser betwist, kan volstaan met gemotiveerd te ontkennen dat het goed aan de eiser toebehoort; dat de eiser dan nader moet uiteenzetten waarom de zaak zijn eigendom is en het bewijs van de door hem in dit verband gestelde feiten moet leveren.'

409 Zie Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV, nr. 176; Asser/Bartels & Van Velten, 5, nr. 114. Eventueel zou de eiser, indien de bezitsstoornis (de betaling) minder dan een jaar geleden plaatsvond, het bezitsinterdict van art. 3:125 BW kunnen instellen, zodat hij zelf aanspraak kan maken op de processuele functie van het bezit.

410 HR 26 februari 1988, *NJ* 1989, 488 (*Kütthe/Artz*; m.nt. W.M. Kleijn), *Kwartaalbericht Nieuw BW* 1988, p. 134-135 (m.nt. O.K. Brahn). Zie hierover ook Salomons, *2014 tot 1950*, p. 362.

king sprake is, onjuist is. Hiermee wijst de Hoge Raad de stelling van Kütthe af dat deze regel uitzondering lijdt indien de verkrijgingstitel van de bezitter weinig aannemelijk is. Volgens de Hoge Raad mag de rechter 'op grond van hetgeen over en weer is gesteld en de verdere omstandigheden van het geval' wel oordelen dat de presumptie van art. 2014, lid OBW 'zodanig is weerlegd dat de bezitter zijn gepretendeerde eigendomsrecht nader zal hebben te bewijzen.' Het Hof had in dit geval van deze vrijheid geen gebruik gemaakt maar behoefde dit niet te motiveren.⁴¹¹

In het eigendomsproces geldt dus de hoofdregel dat de eiser die beweert eigenaar te zijn, dit recht dient te stellen en te bewijzen. De bezitter van een roerende zaak kan een beroep doen op de wettelijke eigendomspresumptie. Maar het is mogelijk dat de rechter het bewijs dat de bezitter géén eigenaar is, geleverd acht. Hierbij komt hem een grote vrijheid toe en kan hij letten op de stellingen van de partijen en de omstandigheden van het geval. De rechter zal vervolgens aan de bezitter nader bewijs van zijn eigendomsrecht kunnen vragen. Als de bezitter dit bewijs niet zal kunnen leveren, en de eiser kan bewijzen dat hij vroeger bezitter was, dan zal de eiser vervolgens een beroep kunnen doen op de presumptie dat hij, op grond van dit vroegere bezit, eigenaar was.⁴¹² Vervolgens zal het aan de gedaagde zijn, om dit vermoeden te ontkrachten.

Bij de vordering uit onverschuldigde betaling dient de eiser te stellen, en bij betwisting te bewijzen, dat hij de ander een goed heeft gegeven en dat er hiervoor geen rechtsgrond aanwezig was. Vergelijken wij nu de bewijslast in de *condictio* met de bewijslast in de *rei vindicatio*, dan is het zeer waarschijnlijk dat als de eiser het geven van een goed aan de gedaagde zonder rechtsgrond heeft bewezen, dit voor de rechter die over de *rei vindicatio* oordeelt een omstandigheid oplevert op grond waarvan hij aan de bezitter nader bewijs van diens eigendom zal vragen. Als de eiser nu heeft bewezen dat hij onverschuldigd heeft betaald aan de gedaagde, betekent dit dat diens bezit in ieder geval ongegrond is en zal de bezitter niet slagen in dit bewijs. Als de eiser ook bewijst dat hij vroeger het bezit heeft gehad – welk bewijs ook besloten zal liggen in het bewijs dat hij een zaak onverschuldigd heeft betaald – zal het vervolgens aan de gedaagde zijn om te bewijzen dat de eiser géén eigenaar is.

Het bewijsrechtelijke argument dat het Driemanschap ertoe heeft aanzet om de *condictio* met de *rei vindicatio* te laten samenlopen, zal dus in veel gevallen niet opgaan. Dat betekent evenwel niet dat deze samenloop zinloos is. Waar het de eiser in het algemeen niet meer moeite zal kosten om te bewijzen dat hij eigenaar is van een zaak die hij onverschuldigd heeft betaald aan de gedaagde, zou zich de vraag kunnen voordoen óf de gedaagde de onverschuldigd betaalde zaak wel bezit. Als de beschikbaarheid van

411 Zie ook HR 8 mei 1987, NJ 1988, 700 (*Geurts/Lijesen*; m.nt. W.M. Kleijn) en HR 17 juni 1994, NJ 1994, 671 (*Gielkens/Gielkens*). In beide zaken ging het om een bezitter, die stelde bepaalde goederen geschonken te hebben gekregen.

412 In het Zwitserse recht brengt art. 930, lid 2 ZGB dit tot uitdrukking.

de *condictio* nu afhankelijk zou zijn van de ‘plaatsgevonden verrijking’ bij de accipiënt, zoals Bregstein wilde, dan zou de solvent, alvorens te procederen, eerst moeten onderzoeken, of de zaak nog voorhanden was, en zo ja, bij wie. Pas als hij op deze voorvraag antwoord heeft gekregen – een vraag die in het klassieke Romeinse recht door de *actio ad exhibendum* werd opgelost – zou hij weten tegen wie hij zou moeten procederen. Nu de beschikbaarheid van de vordering uit onverschuldigde betaling niet afhankelijk is van het wegval- len van de *rei vindicatio*, weet de solvent dat hij altijd met de vordering uit onverschuldigde betaling kan procederen tegen de accipiënt – net zoals de bestolene in het Romeinse recht altijd tegen de dief met de *condictio furtiva* kon procederen.

§ 5.7 SLOT

In het huidige Nederlandse recht staat het vast dat de *condictio*, in de vorm van de vordering uit onverschuldigde betaling, en de *rei vindicatio* kunnen samenlopen. Deze samenloop vindt zijn grondslag in het causale stelsel van eigendomsoverdracht dat in het Franse recht is aanvaard. Voor de solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, treedt het praktische belang van de *rei vindicatio*, naast de *condictio*, naar voren in het geval dat de accipiënt in faillissement is geraakt of wanneer de accipiënt de zaak heeft doorgeleverd aan een derde. Indien de derde niet zelf eigenaar is geworden van de zaak, kan de solvent deze onder hem revindiceren. Omgekeerd treedt het belang van de beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, naar voren in het geval een niet-beschikkingsbevoegde solvent een onverschuldigde betaling heeft verricht – de casus van D. 12,6,15,1. Aan de solvent dient een rechtsmiddel ter beschikking te staan tegen de accipiënt, ook al kan de eigenaar de zaak zelf nog onder de accipiënt revindiceren. Het bewijsrechtelijke argument dat bij het ontwerp van het NBW een belangrijke rol speelde in het kader van de samenloop tussen beide vorderingen, namelijk dat de bewijslast van de eiser diende te worden verlicht door hem, naast de *rei vindicatio*, een *condictio* ter beschikking te stellen, gaat, vanwege de toepassing van de bewijsvermoedens door de Hoge Raad, niet langer op. In het feit echter dat de vordering uit onverschuldigde betaling aan de solvent ter beschikking staat, ongeacht het antwoord op de vraag of hij nog kan revindiceren, is een voordeel gelegen van de samenloop van beide vorderingen. De *condictio* staat aan de solvent ter beschikking, ook al blijkt hij de zaak nog onder de gedaagde, of onder een derde, te kunnen revindiceren.

§ 6.1 BEGRIPSBEPALING

Naar huidig Nederlands recht staat het vast dat de *rei vindicatio* kan samenlopen met de vordering uit onverschuldigde betaling. Als de solvent zonder rechtsgrond een zaak heeft geleverd, bewerkstelligt het causale stelsel van eigendomsoverdracht dat deze zaak niet in eigendom overgaat. Afgezien van de zakelijke *rei vindicatio*, komt aan de solvent ook een persoonlijke aanspraak uit onverschuldigde betaling toe. Het vorderingsrecht van de solvent kan daarom zowel op de *rei vindicatio* als op de vordering uit onverschuldigde betaling worden gebaseerd, zij het dat de eiser, naar de beginselen van het huidige procesrecht, geen keuze hoeft te maken tussen beide rechtsgronden. De eiser dient slechts voldoende feiten te stellen, en bij betwisting te bewijzen, op grond waarvan zijn vordering op één van beide rechtsgronden tot een veroordeling kan leiden, en het is vervolgens aan de civiele rechter om de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen.

Vanuit historisch perspectief is de vanzelfsprekendheid waarmee de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de vordering uit onverschuldigde betaling naar huidig recht wordt aanvaard, opmerkelijk. Op grond van de beginselen van het Romeinse recht kon immers, met een even grote vanzelfsprekendheid, worden aangenomen dat deze samenloop principieel was uitgesloten. De reden hiervan was gelegen in het feit dat de eiser in de *rei vindicatio* stelde eigenaar te zijn, terwijl de eiser in de *condictio*, de voorloper van de vordering uit onverschuldigde betaling, stelde dat de gedaagde verplicht was om een zaak in eigendom over te dragen. Beide vorderingen stonden daarmee in een elkaar uitsluitende verhouding. Wanneer de solvent bijvoorbeeld een pupil was die de betaling had verricht zonder de vereiste toestemming van zijn voogd, deed zich geen eigendomsoverdracht voor. De munten konden, zolang ze bij de accipiënt voorhanden waren, worden gerevindiceerd. Pas nadat de munten waren 'geconsumeerd,' bijvoorbeeld omdat de accipiënt ze te goeder trouw voor een nieuwe betaling had gebruikt, en de eigendom van de munten dientengevolge voor de pupil verloren was gegaan, nam de *condictio* de plaats in van de *rei vindicatio*. De accipiënt was op grond van de *condictio* verplicht een gelijke hoeveelheid munten aan de solvent in eigendom over te dragen. De wederzijds uitsluitende verhouding tussen *rei vindicatio* en de *condictio* wordt door Ulpianus in D. 12,6,29 aldus weergegeven: 'Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero condictio locum habebit.' – 'En als de munten bestaan, kunnen zij worden gerevindiceerd, wanneer zij zijn verbruikt is de *condictio* van toepassing.'

Een eigenaar kon een zaak die aan hem in eigendom toebehoorde, dus in principe niet met de *condictio* opeisen. Ulpianus verwoordt dit beginsel in D. 7,9,12 met de gevleugelde woorden: 'Et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.' – 'En het is aanvaard dat niemand zijn eigen zaak met de *condictio* kan opeisen, behalve van een dief.' In de beschouwingen die in het Middeleeuwse *ius commune* aan de *condictio* zijn gewijd, is deze uitspraak centraal komen te staan en bondiger weergegeven met de woorden: 'nemo condicit rem suam praeterquam a fure.' – 'Niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief.' Volgens de hoofdregel staat aan de eigenaar die zijn zaak wenst op te eisen een *rei vindicatio*, en niet een *condictio* ter beschikking. Maar op elke regel bestaat een uitzondering. De bestolen eigenaar kon de dief niet alleen aanspreken met de *rei vindicatio*, maar óók met de *condictio*, ondanks het feit dat de dief niet in staat was tot overdracht van de zaak die nog aan de bestolen eigenaar toebehoorde.

In deze studie staat de vraag centraal hoe de *condictio* zich heeft ontwikkeld van een vordering die, in beginsel, aan de *rei vindicatio* was tegengesteld, tot een vordering die, ook in gevallen waarin de gedaagde zich niet aan diefstal schuldig heeft gemaakt, met de *rei vindicatio* kan samenlopen. Ter beantwoording van deze vraag is ten eerste het klassieke Romeinse recht bestudeerd. Vervolgens is de receptie van het Romeinse recht en de totstandkoming van het *ius commune* aan de orde gekomen. Tot slot is de rechtsontwikkeling in Duitsland, Zwitserland, Frankrijk en Nederland behandeld, voorafgaand aan en na de invoering van de nationale codificaties.

§ 6.2 GESCHIEDENIS VAN DE REI VINDICATIO EN DE CONDICTIO

§ 6.2.1 Romeins recht

In het kader van het klassieke Romeinse recht is de aandacht in het bijzonder uitgegaan naar de diefstal-uitzondering. Het voordeel voor de bestolen eigenaar om zijn zaak niet alleen te kunnen revindiceren, maar de dief ook met de *condictio* te kunnen aanspreken, bleek vooral te zijn gelegen in de situatie waarin onduidelijkheid bestond over de vraag of de zaak nog bij de dief voorhanden was, dan wel aan een derde was doorgeleverd of was tenietgegaan. De bestolen eigenaar kon de dief, en zijn erfgenamen, aanspreken op grond van de *condictio*, zonder dat hij eerst op grond van een *actio ad exhibendum* moest procederen – een actie 'ter productie' van de gestolen zaak, waarmee kon worden vastgesteld of de dief bezitter was van de zaak, en zo met de *rei vindicatio* kon worden aangesproken.

De *rei vindicatio* en de *condictio* waren beide zaaksvervolgende, ofwel reïpersecutoire, acties; zij strekten tot vergoeding van de waarde van de zaak. De wijze waarop deze waarde in beide acties werd bepaald, was evenwel verschillend. Waar de rechter bij de *condictio* de objectieve waarde diende vast te stellen die de zaak op het moment van de procesovereenkomst (*litis contestatio*) had gehad (*quanti ea res est*), werd de eiser in de *rei vindicatio*,

wanneer de rechter in een tussenvonnis (*pronuntiatio*) het recht van de eiser bewezen had verklaard, toegelaten tot het doen van een schattingseed (*iusiurandum in litem*) waarin hij kon vaststellen wat de zaak hem waard was. Ook bij de *condictio furtiva* kwam een waardestijging van de gestolen zaak die zich na de diefstal had voorgedaan – in de Digesten wordt het voorbeeld genoemd van de gestolen slaaf die als erfgenaam was benoemd in een opengevallen nalatenschap – voor vergoeding in aanmerking. In het algemeen kan daarom niet worden gezegd welke actie voor de eiser het voordeligst zal zijn geweest.

De *rei vindicatio* en de *condictio* hadden beide weliswaar hetzelfde reïpersecutoire doel (*idem corpus; id ipsum de quo agitur*), maar hadden een verschillende grondslag (*causa petendi; causa proxima actionis*), te weten het eigendomsrecht van de eiser in de *rei vindicatio*, en de schuld van de gedaagde in de *condictio*. Wanneer de eiser één van beide acties had ingesteld, kwam de grondslag van de andere actie niet automatisch te vervallen. Vanwege het feit dat beide actie niet op ‘dezelfde zaak’ (*eadem res*) betrekking hadden deed zich, anders gezegd, geen directe procesconsumptie voor. Weliswaar vervielen beide acties wanneer de bestolen eigenaar de zaak zélf weer had teruggekregen, maar gezien het feit dat een actie slechts uitmondde in een veroordeling in geld (de *condemnatio pecuniaria*), zou de eiser, in beginsel, achtereenvolgens op grond van beide acties een veroordelend vonnis hebben kunnen verkrijgen, waardoor hij zich ten koste van de accipiënt zou hebben kunnen verrijken. Hoe kon men voorkomen dat de eiser tweemaal een vergoeding voor dezelfde zaak kon ontvangen? Pomponius leert in D. 47,2,9,1 dat zich op *indirecte* wijze toch procesconsumptie kon voordoen. Nu de *rei vindicatio* een arbitraire actie (*actio arbitraria*) was, kon de rechter het bevel aan de gedaagde tot restitutie van de zaak (*iussum de restituendo*) aan nadere voorwaarden verbinden. Pomponius stelt dat wanneer de eiser in de *rei vindicatio* nog een *condictio* tot zijn beschikking had, het tot de ambtsplicht (*officium iudicis*) van de rechter behoorde om slechts dán een bevel tot restitutie uit te spreken wanneer de eiser toezegde niet alsnog op grond van de *condictio* te zullen procederen. Wanneer de eiser reeds voordien een *condictio* had ingesteld, diende de rechter de voorwaarde te stellen dat de eiser het bedrag dat hij in deze *condictio* had verkregen, zou restitueren.

De uitzondering voor diefstal werd niet zeer strikt geïnterpreteerd zodat in enkele gevallen een *condictio* aan een eigenaar toekwam tegen een gedaagde die zich strikt genomen niet aan het delict diefstal (*furtum*) schuldig had gemaakt. Daarnaast was er één geval waarin in het klassieke Romeinse recht een uitzondering werd aanvaard op de regel dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht was gericht. Paulus bespreekt in D. 12,6,15,1 het geval dat een solvent de zaak van iemand anders voor een onverschuldigde betaling had gebruikt. Deze onverschuldigde betaling was niet door een eigenaar verricht – wij zouden aan een bruiklener kunnen denken – en had daarom niet geleid tot eigendomsoverdracht van de onverschuldigd betaalde zaak. Ook de *condictio* was daarom niet, zoals normaal gesproken het geval was, op eigendomsoverdracht gericht. Toch stelt Paulus stelt dat ook aan

deze solvent een *condictio indebiti* toekomt. De beschikbaarheid van de *condictio* leidde zo tot samenloop met de *rei vindicatio* die nog aan de uitlener ter beschikking zal hebben gestaan. In het algemeen stelt Paulus dat een solvent die het *bezit* van een zaak heeft verschaft in de verkeerde veronderstelling dit verschuldigd te zijn, dit *bezit* zal kunnen condiceren. Men spreekt in dit geval van de *condictio possessionis*.

§ 6.2.2 *Ius commune*

In het *ius commune* is de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht, gehandhaafd. In de Accursische glosse is deze opvatting zelfs ten grondslag gelegd aan de stelling dat ook een putatieve titel een *iusta causa* kon opleveren op grond waarvan eigendom kon overgaan. Het betoog van de Accursische glosse luidt dat als eigendom niet op grond van een putatieve titel zou overgaan, de tradent de onverschuldigd betaalde zaak met de *rei vindicatio* zou kunnen opeisen, en aan de titel in de Digesten over de *condictio indebiti* geen behoefte zou bestaan. Dit betoog van de glosse staat aan de basis van de theorie dat eigendom door levering overgaat wanneer partijen de wil hebben om met de levering eigendom te doen overgaan.

Op deze hoofdregel zijn in het *ius commune* evenwel belangrijke uitzonderingen aanvaard. De regel van Ulpianus dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, werd in de Accursische glosse zó geïnterpreteerd dat niemand de *eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. Deze interpretatie maakte het mogelijk dat een eiser wel het *bezit* van zijn eigen zaak kon condiceren, ook wanneer er geen sprake was van diefstal. *Possessio est res*, zo merkt Accursius immers op: ook het bezit van een zaak is een vermogensrecht dat gecondiceerd kan worden. De regel van Ulpianus wordt daarmee op zo'n wijze geduid dat niemand met de *condictio* kan vorderen dat hem een goederenrechtelijke positie – die van bezitter, of die van eigenaar – wordt verschaft die hij reeds heeft. Als gevolg van de ontwikkeling in het *ius commune* werd de nadruk gelegd op de tekst waarin Paulus de *condictio possessionis* toekent, waardoor de *condictio* niet meer uitsluitend eigendomsoverdracht beoogt, maar óók op bezitsverschaffing kan zijn gericht. De Middeleeuwse juristen waren echter gebonden aan de teksten van het Corpus Iuris waaruit blijkt dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve in geval van diefstal. De uitzondering van de *condictio* tegen de dief was zó duidelijk overgeleverd dat daaraan wel een bepaalde waarde moest worden gehecht. Bartolus interpreteert de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, daarom zo dat dit het enige geval was waarin de eiser in de *condictio* een *beroep* deed op zijn eigendomsrecht. Het bijzondere karakter van de *condictio* tegen de dief is bij Bartolus dus niet langer gelegen in het feit dat de eiser met de *condictio* bij uitzondering geen eigendomsoverdracht vordert, maar in het feit dat een *eigenaar* condiceert.

Het *ius commune* bevat hiermee twee tegenstrijdige beginselen. Volgens het eerste beginsel was de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht gericht; dit beginsel werd ten grondslag gelegd aan de invulling van het *iusta causa*-vereiste. Volgens het tweede beginsel was het, op grond van de *condictio possessionis*, voor een eiser mogelijk het bezit van een zaak te condicteren. Afhankelijk van de vraag welk beginsel men als leidend aanvaardt, is samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* mogelijk. Hoewel Bartolus nog vasthoudt aan de onmogelijkheid van deze samenloop, beschouwt Paulus de Castro deze samenloop, vanuit een oogpunt van bewijslast van de eiser, als wenselijk.

§ 6.2.3 Duits en Zwitsers recht

In het Duitse en Zwitserse recht zijn de effecten van beide tegenstrijdige beginselen in het *ius commune* zichtbaar. Aan de ene kant leeft het argument van de glosse '*iusta causa*,' dankzij het betoog van Savigny, in Duitsland voort in de aanvaarding van het '*Abstraktionsprinzip*.' Aan de andere kant is de *condictio*, dankzij de interventie van Bruns, in het Duitse recht niet meer per definitie op eigendomsoverdracht gericht. In het Duitse recht is immers aanvaard dat het bezit van een zaak een zelfstandige vermogenswaarde vertegenwoordigt, die met de *condictio possessionis* moet kunnen worden opgeëist. Hiermee is de basis gelegd voor de mogelijkheid dat de *rei vindicatio* met de *condictio* kan samenlopen. De solvent zal, vanwege het abstracte stelsel, in de regel niet meer de beschikking hebben over de *rei vindicatio*, en zal op de *condictio* zijn aangewezen. Het verrijktingsrecht neemt in het Duitse recht daarom een belangrijkere plaats in dan in het Nederlandse recht. Toch kunnen zich gevallen voordoen waarin niet alleen de verbintenisrechtelijke titel, maar ook de zakelijke overeenkomst nietig is. In dat geval kan toch sprake zijn van samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*, zij het in beperktere mate dan in een systeem waarin een causaal stelsel van eigendomsoverdracht geldt. Aan de gevolgen van deze samenloop wordt in het Duitse recht, onder de noemer van de '*Eigentümer-Besitzer-Verhältnis*,' aandacht besteed.

Het Zwitserse recht vormt, ondanks een ontwikkelingsgeschiedenis die nauw met het Duitse recht is verbonden, het spiegelbeeld van het Duitse recht. In het Zwitserse recht is immers het causale stelsel van eigendomsoverdracht aanvaard. Gezien het feit dat de *condictio possessionis* ook in Zwitserland is erkend, zou men verwachten dat zich, op nog ruimere schaal dan in Duitsland, samenloop kan voordoen tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*. Maar paradoxaal genoeg is deze samenloop juist in het Zwitserse recht, door de aanvaarding van een beginsel van subsidiariteit, beperkt. Samenloop zal zich daarom alleen voordoen in het geval de *rei vindicatio* en de *condictio* aan verschillende partijen ter beschikking staan; hierbij wordt in het bijzonder gedacht aan de situatie die ook aan de tekst van Paulus ten grondslag lag.

§ 6.2.4 Frans en Nederlands recht

In tegenstelling tot het Zwitserse recht heeft aanvaarding van het causale stelsel in het Franse recht wél geleid tot de situatie dat de solvent die eigenaar is gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak, ook de beschikking heeft over de *condictio*. In de Franse Code civil is, in navolging van Domat, de leer aanvaard dat eigendom overgaat op grond van een enkele verbintenis, ‘par l’effet des obligations,’ zonder dat een afzonderlijke leveringshandeling is vereist. Volgens de leer van Domat verkrijgt degene die een onverschuldigde betaling in ontvangst heeft genomen geen enkel recht op de onverschuldigd betaalde zaak (‘aucun droit’). Ondanks het feit dat de solvent eigenaar is gebleven, kent Domat aan hem de *condictio* toe om restitutie van de onverschuldigd betaalde zaak te vorderen. Hiermee is de basis gelegd voor de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* die zich in het Franse en het Nederlandse recht voordoet. Het Franse (verrijkings)recht is in belangrijke mate beïnvloed door de leer van Pothier. Pothier stelt, in overeenstemming met het gemene recht, dat voor eigendomsoverdracht een levering is vereist en een subjectief titelvereiste geldt. Hoewel deze leer niet in de Code civil is opgenomen, blijkt de blijvende invloed van Pothier in de situatie dat een accipiënt een onverschuldigd betaalde zaak aan een derde heeft doorgeleverd. In sommige handboeken, zoals dat van Aubry en Rau, wordt de actie die aan de solvent ter beschikking staat tegen een derde-verkrijger – wanneer deze derde verkrijger niet bijvoorbeeld op grond van verjaring zelf eigenaar is geworden – niet als een *rei vindicatio* gezien, maar als een ‘action en répétition de l’indu.’ De toekenning van een *condictio* en niet van een *rei vindicatio* impliceert dat de eigendom, in overeenstemming met de leer van Pothier, wél op de accipiënt was overgegaan. Pothier zelf sprak overigens van een *actio utilis in rem*, een op de zaak toegesneden zakelijke actie, maar ook deze actie vooronderstelt, door haar fictieve karakter, dat de solvent door de onverschuldigde betaling de eigendom heeft verloren.

In Nederland is onder het Oud Burgerlijk Wetboek, in overeenstemming met het Franse recht, een causaal stelsel van eigendomsoverdracht aanvaard. Uit de beschouwingen van Diephuis blijkt dat de solvent naast de *rei vindicatio* de beschikking heeft over de *condictio*. De herintroductie van het leveringsvereiste blijkt hier geen verandering in te hebben gebracht. Toch heeft ook het abstracte stelsel opnieuw aanhangers gekregen. Zo heeft onder andere Suijling zijn betoog voor dit abstracte stelsel gebaseerd op het bestaan van de *condictiones* – hetzelfde argument dat in de glosse ten grondslag was gelegd aan de erkenning van de putatieve titel als *iusta causa*. Dit argument is zowel bestreden door Meijers, die nochtans een aanhanger was van het abstracte stelsel, als door Van Oven, die het causale stelsel verdedigde. Meijers bestrijdt het argument van Suijling met de stelling dat de *condictio* niet principieel op eigendomsoverdracht is gericht en noemt hierbij het geval van de niet-beschikkingsbevoegde solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht. Dit is opnieuw het geval waarin ook Paulus de *condictio* voor het bezit van een zaak erkent. Van Oven verdedigt een causaal

stelsel van eigendomsoverdracht, en stelt dat de *condictio* ook in zo'n stelsel belangrijke toepassingen kent. Hij heeft hierbij niet alleen het oog op gevallen waarin de eigendom voor de solvent verloren is gegaan, maar stelt dat ook de solvent die eigenaar van de onverschuldigd betaalde zaak is gebleven, daarnaast de beschikking heeft over de *condictio*. Deze situatie komt, zoals ook Van Oven stelt, overeen met die waarin in het klassieke Romeinse recht zowel de *rei vindicatio* als de *condictio furtiva* aan een eigenaar ter beschikking stonden. De uitzondering was tot hoofdregel verheven.

In de periode voorafgaand aan het ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek heeft Bregstein de opvatting verdedigd dat de *condictio* een toepassing zou zijn van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking. Bregstein beschouwt de *rei vindicatio* en de *condictio* hierbij als twee acties die elkaar uitsluiten. Hoewel de leer van Bregstein veel aanhang heeft gevonden, is de gevolgtrekking dat samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* is uitgesloten, niet steeds overgenomen. Zo heeft de Hoge Raad in 1953 in het arrest *Beheersinstituut/Van Egmond* weliswaar de verrijkingsgrondslag van de *condictio* aanvaard, maar dit beginsel zo geformuleerd dat de gedaagde zou worden verrijkt, als hij niet op grond van de *condictio* zou kunnen worden aangesproken. De *condictio* diende hier dus ter *voorkoming* van een ongerechtvaardigde verrijking. Dit hield in dat ook de accipiënt die in het bezit van een onverschuldigd betaalde zaak was gekomen, maar er nog geen eigenaar van was geworden, aansprakelijk zou kunnen worden gesteld op grond van de *condictio*. De Hoge Raad heeft de *rei vindicatio* en de *condictio* dus, anders dan Bregstein, niet beschouwd als twee elkaar uitsluitende vorderingen.

Bij het ontwerp van het Nieuw Burgerlijk Wetboek speelde de leer van Bregstein aanvankelijk een belangrijke rol, maar nadat het Driemanschap het werk op zich had genomen, werd de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* niet slechts als een logisch, maar ook als een wenselijk gevolg van het causale stelsel van eigendomsoverdracht beschouwd. Aan deze opvatting legde het Driemanschap het argument ten grondslag dat reeds door Paulus de Castro naar voren was gebracht, te weten dat de *condictio* een bewijsrechtelijk voordeel zou bieden ten opzichte van de *rei vindicatio*. Naar maatstaven van het huidige bewijsrecht kan evenwel worden betwijfeld of dit voordeel nog steeds bestaat. Het wettelijk vermoeden op grond waarvan de bezitter als eigenaar wordt aangemerkt, kan door de eiser immers zodanig worden weerlegd 'dat de bezitter zijn gepretendeerde eigendomsrecht nader zal hebben te bewijzen.' Wanneer de solvent het bewijs levert dat hij de zaak onverschuldigd aan de accipiënt heeft geleverd, zal hij hiermee zowel het wettelijk vermoeden ten gunste van de gedaagde hebben ontkracht als hebben bewezen dat hij voorheen zelf bezitter was. Ook aan de solvent als voormalig bezitter komt een beroep toe op het wettelijk vermoeden dat hij eigenaar was op het moment dat hij het bezit had. Het is vervolgens aan de accipiënt om deze eigendoms-presumptie van de solvent te ontcrachten. De bewijslast van de *rei vindicatio* zal in de praktijk dus niet zwaarder uitvallen dan de bewijslast van de *condictio*.

§ 6.3 SLOT

In het Romeinse recht was de *condictio* in beginsel op eigendomsoverdracht gericht. Alleen in die gevallen waarin de *condictio* níet op eigendomsoverdracht was gericht – bij de *condictio furtiva* en de *condictio possessionis* – kon zich samenloop met de *rei vindicatio* voordoen. In het *ius commune* bleef een ongemakkelijke tegenstelling bestaan tussen enerzijds handhaving van de hoofdregel en anderzijds een ruime toepassing van de *condictio possessionis*. Sinds het *ius commune* is de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht aan de basis gelegd van het betoog dat eigendom ook op grond van een putatieve titel kan overgaan. Dit betoog kan evenwel worden bestreden en het is onder vigueur van het Oud Burgerlijk Wetboek dan ook afgewezen: aan de artikelen over de vordering uit onverschuldigde betaling dient geen betekenis toe te komen bij de beantwoording van de vraag naar de eisen van eigendomsoverdracht. Inderdaad bestaat er geen dwingend verband tussen enerzijds het karakter van de *condictio* als een al dan niet op eigendomsoverdracht gerichte vordering en anderzijds de vraag of onder de *iusta causa* van eigendomsoverdracht al dan niet een titel dient te worden verstaan die obligatoir rechtsgeldig is. Toch kan het argument van de glosse worden omgedraaid, in die zin dat aanvaarding van een causaal stelsel van eigendomsoverdracht ertoe noopt de *condictio* op te vatten als een vordering die níet per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. De solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht is in beginsel eigenaar gebleven van de onverschuldigd betaalde zaak, zodat hij kan revindiceren. Daarnaast zal hij behoefte hebben aan de beschikbaarheid van een *condictio* tegen de accipiënt van de betaling, zonder dat deze accipiënt het verweer kan voeren dat de solvent de zaak onder hem, of onder een derde, had moeten revindiceren. In het afsnijden van dit verweer, en niet zozeer in het vermeende bewijsrechtelijke voordeel van de *condictio* ten opzichte van de *rei vindicatio*, is het belang gelegen van de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* in een causaal stelsel. De solvent die een onverschuldigde betaling heeft verricht, bevindt zich daarmee in de positie van de bestolen eigenaar in het Romeinse recht. Hij heeft zowel de beschikking over de *rei vindicatio* tegen de bezitter van de onverschuldigd betaalde zaak als over de *condictio* tegen de accipiënt.

Zusammenfassung und Schluss

Nemo condicit rem suam. Über die Konkurrenz der *rei vindicatio* und der *condictio*

Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*

§ 1 BEGRIFFSBESTIMMUNG

Nach heutigem niederländischen Recht steht fest, dass die *rei vindicatio* mit dem Anspruch wegen nicht geschuldeter Leistung (*onverschuldigde betaling*) konkurrieren kann. Wenn der Geber eine Sache ohne Rechtsgrund tradiert hat, dann bewirkt das Kausalitätsprinzip, dass keine Eigentumsübertragung eintritt. Abgesehen von der dinglichen *rei vindicatio* steht dem Geber auch eine Kondiktion wegen nicht geschuldeter Leistung zu. Der Rechtsanspruch des Gebers kann deshalb sowohl auf die *rei vindicatio* als auch auf den Anspruch wegen nicht geschuldeter Leistung basiert werden; es sei jedoch darauf hingewiesen, dass der Kläger, gemäß den Grundsätzen des heutigen niederländischen Prozessrechts, keine Wahl treffen muss zwischen den beiden Rechtsgrundlagen. Der Kläger muss lediglich genügend Tatsachen vorbringen und bei Widerspruch beweisen, aufgrund welcher sein Anspruch auf einer von beiden Rechtsgrundlagen zu einer Verurteilung führen kann, und der Richter muss die Rechtsgrundlagen dann von Amts wegen ergänzen.

Aus historischer Perspektive ist die Selbstverständlichkeit, mit der die Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und dem Anspruch wegen nicht geschuldeter Leistung nach heutigem niederländischen Recht akzeptiert wird, bemerkenswert. Aufgrund der Grundsätze des römischen Rechts konnte immerhin, mit einer ebenso großen Selbstverständlichkeit, angenommen werden, dass diese Konkurrenz prinzipiell ausgeschlossen war. Der Grund dafür lag in der Tatsache, dass der Kläger bei der *rei vindicatio* behauptete Eigentümer zu sein, während der Kläger in der *condictio*, dem Vorläufer des heutigen niederländischen Anspruchs wegen nicht geschuldeter Leistung, behauptete, dass der Angeklagte verpflichtet ist um das Eigentum einer Sache zu übertragen. Beide Ansprüche standen damit in einem sich gegenseitig ausschließendem Verhältnis. Wenn der Geber zum Beispiel ein Pupill war, der eine Zahlung ohne die erforderliche Zustimmung seines Vormunds ausgeführt hat, trat keine Eigentumsübertragung ein. Die Münzen konnten, solange sie im Besitz des Empfängers waren, vindiziert werden. Erst nachdem die Münzen „verbraucht“ worden waren, zum Beispiel weil der Empfänger sie in gutem Glauben für eine neue Bezahlung benutzt hat und das Eigentum der Münzen demzufolge für den Pupill verloren gegangen war, nahm die *condictio* den Platz der *rei vindicatio* ein. Der Empfänger war aufgrund der *condictio* verpflichtet eine gleiche Anzahl Münzen an den Geber zu übereignen. Das sich gegenseitig ausschließende Verhältnis zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio* wird durch Ulpian in D. 12,6,29

wie folgt wiedergegeben: 'Et si quidem exstant nummi, vindicabuntur, consumptis vero conductio locum habebit.' – 'Wenn die Münzen noch vorhanden sind, können sie vindiziert werden; sind sie bereits verbraucht worden, greift die *conductio* ein.'

Ein Eigentümer konnte eine Sache, die ihm gehörte, folglich im Prinzip nicht mit der *conductio* einklagen. Ulpian fasst diesen Grundsatz in D. 7,9,12 in die geflügelten Worte: 'Et proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse.' – 'Es hat sich aber die Regel gebildet, dass niemand seine eigene Sache kondizieren kann, es sei denn vom Dieb.' In den Überlegungen, die im mittelalterlichen *ius commune* über die *conductio* angestellt wurden, wurde diese Aussage in den Mittelpunkt gestellt und mit den Worten 'nemo condicit rem suam praeterquam a fure' – 'Niemand kondiziert seine eigene Sache, es sei denn vom Dieb,' bündiger wiedergegeben. Der Grundregel zufolge steht dem Eigentümer, der seine Sache einfordern will, die *rei vindicatio* und nicht die *conductio* zu Verfügung. Aber zu jeder Regel besteht eine Ausnahme. Der bestohlene Eigentümer konnte den Dieb nicht nur mit der *rei vindicatio* sondern auch mit der *conductio* belangen, trotz der Tatsache, dass der Dieb nicht im Stande war die Sache, die noch dem bestohlenen Eigentümer gehörte, zu übertragen.

In dieser Studie steht die Frage im Mittelpunkt wie die *conductio* sich entwickelt hat von einer Forderung, die im Prinzip der Gegensatz zur *rei vindicatio* war, zu einer Forderung, die auch in Fällen, in denen sich der Angeklagte nicht an Diebstahl schuldig gemacht hat, mit der *rei vindicatio* konkurrieren kann. Um diese Frage zu beantworten, wird als Erstes das klassische römische Recht untersucht. Danach wird die Rezeption des römischen Rechts und die Entstehung des *ius commune* erörtert. Zum Schluss wird die Rechtsentwicklung in Deutschland, der Schweiz, Frankreich und den Niederlanden, vor und nach der Einführung der nationalen Kodifikationen, behandelt.

§ 2 DIE GESCHICHTE DER *REI VINDICATIO* UND DER *CONDUCTIO*

§ 2.1 Römisches Recht

Im Rahmen des klassischen römischen Rechts galt die Aufmerksamkeit insbesondere der „Diebstahl-Ausnahme.“ Der Vorteil des bestohlenen Eigentümers um seine Sache nicht nur vindizieren zu können, sondern den Dieb auch mit der *conductio* belangen zu können, erwies sich vor Allem in Situationen in denen Undeutlichkeit bestand über die Frage ob die Sache noch beim Dieb vorhanden war, respektive an einen Dritten durchgeliefert wurde oder nicht mehr bestand. Der bestohlene Eigentümer konnte den Dieb und dessen Erben auf Grund der *conductio* belangen, ohne dass er erst mittels der *actio ad exhibendum* – der Klage um die vindizierte Sache zu produzieren, womit festgestellt werden konnte ob der Dieb Besitzer der Sache war und damit mit der *rei vindicatio* belangt werden konnte – prozessieren musste.

Die *rei vindicatio* und die *condictio* waren beide sachverfolgende Klagen; sie dienten zur Vergütung des Sachwerts. Die Art wie dieser Wert in beiden Klagen bestimmt wurde, war jedoch unterschiedlich. Während der Richter bei der *condictio* den objektiven Wert feststellen musste, den die Sache zurzeit der *litis contestatio* gehabt hatte (*quanti ea res est*), wurde dem Kläger bei der *rei vindicatio*, wenn der Richter in einem Zwischenbescheid (*pronuntiatio*) das Recht des Klägers für bewiesen erklärt hatte, gestattet einen Schätzungseid (*iusiurandum in litem*) ab zu legen indem er festlegen konnte was ihm die Sache wert war. Auch bei der *condictio furtiva* kam eine Wertsteigerung der gestohlenen Sache, die sich nach dem Diebstahl ergab – in den Digesten wird als Beispiel ein gestohlener Sklave genannt der bei einem eingetretenen Erbfall als Erbe ernannt wurde – für Vergütung in Anmerkung. Im Allgemeinen lässt es sich darum nicht sagen welche Klage für den Kläger die meist vorteilhafte gewesen wäre.

Die *rei vindicatio* und die *condictio* hatten zwar beide dasselbe sachverfolgende Klageziel (*idem corpus; id ipsum de quo agitur*), aber sie hatten unterschiedliche Grundlagen (*causa petendi; causa proxima actionis*), nämlich das Eigentumsrecht des Klägers bei der *rei vindicatio* und die Schuld des Angeklagten bei der *condictio*. Wenn der Kläger eine von beiden Klagen erhoben hatte, verfiel die Grundlage der anderen Klage nicht automatisch. Auf Grund der Tatsache, dass beide Klagen nicht auf „dieselbe Sache“ (*eadem res*) Bezug hatten, trat mit anderen Worten keine unmittelbare Konsumption ein. Zwar verfielen beide Klagen, wenn der bestohlene Eigentümer die Sache selbst wieder zurückbekommen hat, aber angesehen der Tatsache, dass eine Klage nur in eine Geldverurteilung (*condemnatio pecuniaria*) mündete, hätte der Kläger, im Prinzip, nacheinander auf Grund von beiden Klagen eine Verurteilung erzielen können, wodurch er sich auf Kosten des Empfängers bereichern hätte können. Wie konnte man verhindern, dass der Kläger zweimal eine Entschädigung für dieselbe Sache erhalten konnte? Pomponius erklärt in D. 47,2,9,1, dass mittelbare Konsumption doch eintreten kann. Da die *rei vindicatio* eine Arbiträrklage (*actio arbitraria*) war, konnte der Richter die Anordnung zur Rückerstattung der Sache (*iussum de restituendo*) an den Angeklagten an weitere Bedingungen knüpfen. Pomponius meint, dass wenn der Kläger im *rei vindicatio* Verfahren noch eine *condictio* zur Verfügung hatte, es zur Dienstpflicht (*officium iudicis*) des Richters gehörte um nur dann eine Anordnung zur Rückerstattung auszusprechen, wenn der Kläger zusagte nicht im Nachhinein noch mittels der *condictio* zu prozessieren. Wenn der Kläger bereits zuvor die *condictio* angeführt hat, musste der Richter die Bedingung stellen, dass der Kläger den Betrag, den er bei dieser Klage erhalten hat, rückerstattet.

Die Ausnahme für Diebstahl wurde nicht sehr restriktiv interpretiert, sodass in manchen Fällen dem Eigentümer die *condictio* gegen einen Angeklagten der sich streng genommen nicht an dem Delikt Diebstahl (*furtum*) schuldig gemacht hat, zustand. Außerdem gab es im klassischen römischen Recht einen Fall, in dem eine Ausnahme zu der Regel, dass die *condictio* prinzipiell auf Eigentumsübertragung gerichtet war, akzeptiert wurde. Paulus

bespricht in D. 12,6,15,1 den Fall, dass der Geber die Sache eines anderen für eine nicht geschuldete Leistung verwendet hat. Diese Leistung wurde nicht vom Eigentümer erbracht – wir könnten an einen Leihnehmer denken – und führte daher nicht zur Eigentumsübertragung der nicht geschuldet geleisteten Sache. Auch die *condictio* war darum nicht wie es normalerweise der Fall war auf Eigentumsübertragung gerichtet. Dennoch nimmt Paulus an, dass auch diesem Geber eine *condictio indebiti* zusteht. Die Verfügbarkeit der *condictio* führte so zur Konkurrenz mit der *rei vindicatio*, die dem Leihgeber auch noch zur Verfügung stand. Im Allgemeinen nimmt Paulus an, dass der Geber, der den Besitz einer Sache in der fälschlichen Annahme dazu verpflichtet zu sein, übergeben hat, diesen Besitz kondizieren können sollte. Man spricht in diesem Fall von der *condictio possessionis*.

§ 2.2 *Ius commune*

Im *ius commune* wurde die Grundregel, dass die *condictio* auf Eigentumsübertragung gerichtet ist, beibehalten. In der Glossa Ordinaria ist diese Auffassung sogar der These zugrunde gelegen, dass auch ein Putativtitel eine *iusta causa* sein kann, aufgrund welcher Eigentum übergehen kann. Die Argumentation in der Glossa Ordinaria lautet, dass wenn Eigentum nicht auf Grund eines Putativtitels übergehen würde, der Tradent die nicht geschuldet geleistete Sache mit der *rei vindicatio* einklagen könnte und kein Bedarf an dem Titel in den Digesten über die *condictio indebiti* bestehen würde. Diese Darlegung der Glosse ist die Grundlage der Theorie, dass Eigentum durch Tradition übergeht, wenn die Parteien den Willen haben um mit der Tradition Eigentum zu übertragen.

Jedoch wurden im *ius commune* zu dieser Grundregel wichtige Ausnahmen akzeptiert. Die Regel Ulpians, dass niemand seine eigene Sache kondizieren kann, es sei den vom Dieb, wurde in der Glossa Ordinaria so interpretiert, dass niemand das Eigentum seiner eigenen Sache kondizieren kann, es sei den vom Dieb. Diese Interpretation machte es möglich, dass der Kläger den Besitz seiner eigenen Sache kondizieren konnte, auch wenn keine Rede war von Diebstahl. *Possessio est res*, so bemerkt Accursius: auch der Besitz einer Sache ist ein Vermögensrecht, das kondiziert werden kann. Die Regel Ulpians wird damit auf die Weise gedeutet, dass niemand mit der *condictio* fordern kann, dass ihm eine dingliche Rechtsposition – die von Besitzer oder die von Eigentümer – gegeben wird, die er bereits hat. Als Folge der Entwicklung im *ius commune* wurde die Betonung auf den Text gelegt in dem Paulus die *condictio possessionis* anerkennt, wodurch die *condictio* nicht mehr ausschließlich Eigentumsübertragung bezweckt, sondern auch auf Besitzübergabe gerichtet sein kann. Die mittelalterlichen Juristen waren jedoch an die Texte des Corpus Iuris gebunden, woraus hervorgeht, dass niemand seine eigene Sache kondizieren kann, außer im Fall von Diebstahl. Die Ausnahme der *condictio* gegen den Dieb war so deutlich überliefert, dass daran ein bestimmter Wert beigemessen werden musste. Bartolus interpretiert die Regel, dass niemand seine eigene Sache kondizieren kann, es sei den vom

Dieb, darum so, dass dies der einzige Fall ist indem der Kläger sich bei der *condictio* auf sein Eigentumsrecht beruft. Der besondere Charakter der *condictio* gegen den Dieb liegt bei Bartolus daher nicht länger in der Tatsache, dass der Kläger mit der *condictio* ausnahmsweise keine Eigentumsübertragung fordert, sondern in der Tatsache, dass er in seiner Eigenschaft als *Eigentümer* kondiziert.

Das *ius commune* enthält hiermit zwei gegensätzliche Grundsätze. Dem ersten Grundsatz zufolge war die *condictio* prinzipiell auf Eigentumsübertragung gerichtet; dieser Grundsatz wurde der Auslegung der *iusta causa*-Voraussetzung zugrunde gelegt. Dem zweiten Grundsatz zufolge war es einem Kläger, aufgrund der *condictio possessionis*, möglich den Besitz einer Sache zu kondizieren. Abhängig von der Frage welchen Grundsatz man als leitend annimmt, ist Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio* möglich. Obwohl Bartolus festhält an der Unmöglichkeit dieser Konkurrenz, sehen Paulus und Castro diese Konkurrenz, im Hinblick auf die Beweislast des Klägers, als wünschenswert an.

§ 2.3 Deutsches und schweizerisches Recht

Im deutschen und schweizerischen Recht sind die Wirkungen von beiden gegensätzlichen Grundsätzen des *ius commune* sichtbar. Auf der einen Seite lebt das Argument der Glosse „Iusta Causa,“ dank der Darlegung von Savigny, in Deutschland mit der Anerkennung des „Abstraktionsprinzips“ weiter. Auf der anderen Seite ist die *condictio*, dank der Intervention von Bruns, im deutschen Recht nicht mehr grundsätzlich auf Eigentumsübertragung gerichtet. Im deutschen Recht wird angenommen, dass der Besitz einer Sache einen selbstständigen Vermögenswert darstellt, der mit der *condictio possessionis* eingeklagt werden kann. Hiermit ist die Grundlage gelegt für die Möglichkeit, dass die *rei vindicatio* mit der *condictio* konkurrieren kann. Der Geber hat im deutschen Recht, wegen des Abstraktionsprinzips, im Regelfall die *rei vindicatio* nicht mehr zur Verfügung, und ist also in den meisten Fällen auf die *condictio* angewiesen. Das Bereicherungsrecht nimmt im deutschen Recht darum eine wichtigere Stellung ein als im niederländischen Recht. Dennoch können sich Fälle ergeben in denen nicht nur der vertragsrechtliche Titel, sondern auch der dingliche Vertrag nichtig ist. In diesem Fall kann also doch Sprache sein von Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio*, sei es in beschränkterem Maße als in einem Rechtssystem, in dem das Kausalitätsprinzip gilt. Den Folgen dieser Konkurrenz wird im deutschen Recht unter dem Nenner des „Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses“ Aufmerksamkeit gewidmet.

Das schweizerische Recht bildet, trotz einer Entwicklungsgeschichte die eng mit dem deutschen Recht verbunden ist, das Spiegelbild des deutschen Rechts. Im schweizerischen Recht wird das Kausalitätsprinzip anerkannt. Angesehen der Tatsache, dass die *condictio possessionis* auch in der Schweiz anerkannt wird, würde man erwarten, dass sich, in noch breiterem Umfang als in Deutschland, Konkurrenz ergeben kann zwischen der *rei vindicatio*

und der *condictio*. Allerdings ist diese Konkurrenz paradoxerweise gerade im schweizerischen Recht, durch die Anerkennung des Subsidiaritätsprinzips, begrenzt. Konkurrenz wird sich darum nur ergeben im Fall, dass die *rei vindicatio* und die *condictio* unterschiedlichen Parteien zu Verfügung stehen; hierbei wird insbesondere an die Situation gedacht, die auch dem Text von Paulus zugrunde lag.

§ 2.4 Französisches und niederländisches Recht

Im Gegensatz zum schweizerischen Recht, hat die Anerkennung des Kausalitätsprinzips im französischen Recht tatsächlich zu der Situation geführt, dass der Geber, der Eigentümer der nicht geschuldet geleisteten Sache geblieben ist, auch die *condictio* zur Verfügung hat. Im französischen Code civil ist, dank Domat, die Lehre akzeptiert, dass Eigentum auf Grund eines Schuldverhältnisses, „par l'effet des obligations“, übertragen wird, ohne dass noch eine separate Übergabe (*traditio*) erforderlich ist. Gemäß der Lehre Domats erhält derjenige, der eine nicht geschuldete Leistung in Empfang genommen hat kein Recht auf die nicht geschuldet geleistete Sache („aucun droit“). Trotz der Tatsache, dass der Geber Eigentümer geblieben ist, spricht Domat ihm die *condictio* zu um Rückerstattung der nicht geschuldet geleisteten Sache zu fordern. Hiermit ist die Grundlage gelegt für die Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio*, die sich im französischen und niederländischen Recht ergibt. Das französische (Bereicherungs)recht ist jedoch in wichtigem Maße von der Lehre Pothiers beeinflusst. Pothier geht davon aus, dass, in Übereinstimmung mit dem *ius commune*, für Übereignung eine Übergabe erforderlich ist und eine *causa putativa* für die Übereignung ausreicht. Obwohl diese Lehre nicht im Code civil aufgenommen ist, zeigt sich der bleibende Einfluss von Pothier in der Situation, in der der Empfänger eine nicht geschuldet geleistete Sache an einen Dritten übergeben hat. In einigen Handbüchern, wie in dem von Aubry und Rau, wird die Klage, die dem Geber gegen den Dritterwerber zur Verfügung steht – wenn dieser Dritterwerber nicht zum Beispiel auf Grund von Verjährung selbst Eigentümer geworden ist – nicht als eine *rei vindicatio* angesehen, sondern als eine „action en répétition de l'indu.“ Das hier die *condictio*, statt der *rei vindicatio*, anerkannt wird, impliziert, dass das Eigentum in diesem Fall in Übereinstimmung mit der Lehre von Pothier zweifellos auf den Empfänger übertragen wurde. Pothier selbst sprach übrigens von einer *actio utilis in rem*, eine *ad hoc* zugeschnittene dingliche Klage, aber auch diese Klage setzte durch ihren fiktiven Charakter voraus, dass der Geber das Eigentum durch die nicht geschuldete Leistung verloren hat.

In den Niederlanden wurde im alten Zivilgesetzbuch (1838), in Übereinstimmung mit dem französischen Recht, das Kausalitätsprinzip übernommen. Aus den Überlegungen von Diephuis tritt hervor, dass dem Geber neben der *rei vindicatio* auch die *condictio* zur Verfügung steht. Die Wiedereinführung der Übergabe als Voraussetzung für die Übereignung scheint hierin keine Veränderung gebracht zu haben. Trotzdem hat auch

das Abstraktionsprinzip in den Niederlanden Anhänger gefunden. So hat unter anderem Suijling seine Begründung des Abstraktionsprinzips auf die Existenz der *condictio indebiti* basiert – dasselbe Argument, dass in der Glosse der Anerkennung des Putativtitels als *iusta causa* zugrunde gelegen hat. Meijers, ein Anhänger des Abstraktionsprinzips, und Van Oven, der das Kausalitätsprinzip verteidigte, haben dieses Argument jedoch zurückgewiesen. Meijers bestreitet das Argument von Suijling mit der Behauptung, dass die *condictio* nicht prinzipiell auf Übereignung zielt und nennt hierzu den Fall des Gebers, der eine ihm nicht gehörende Sache nicht geschuldet geleistet hat. Das ist wieder der Fall, in dem auch Paulus die *condictio* für den Besitz der Sache anerkannt hat. Van Oven verteidigt das Kausalitätsprinzip und geht davon aus, dass die *condictio* auch bei diesem Prinzip Anwendung findet. Er hat hierbei nicht nur ein Auge auf Fälle, in denen das Eigentum für den Geber verloren ging, sondern nimmt auch an, dass der Geber, der Eigentümer der nicht geschuldet geleisteten Sache geblieben ist zudem die *condictio* zur Verfügung hat. Diese Situation kommt, wie auch Van Oven hervorhebt, überein mit der Situation in der im klassischen römischen Recht sowohl die *rei vindicatio* als auch die *condictio furtiva* dem Eigentümer zur Verfügung standen. Die Ausnahme wurde zur Grundregel.

In der Zeit vor dem Entwurf des neuen Zivilgesetzbuches (1992) hat Bregstein die Auffassung verteidigt, dass die *condictio* eine Anwendung des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung ist. Bregstein hält die *rei vindicatio* und die *condictio* dabei für zwei Klagen, die sich gegenseitig ausschließen. Obwohl die Lehre von Bregstein viel Anhang gefunden hat, ist die Schlussfolgerung, dass Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio* ausgeschlossen ist, nicht immer übernommen. So hat der Hoge Raad, das höchste niederländische Gericht in Zivilsachen in 1953 im Urteil *Beheersinstituut/Van Egmond* zwar die Bereicherungsgrundlage der *condictio* akzeptiert, aber diesen Grundsatz so formuliert, dass der Angeklagte bereichert werden würde, wenn er nicht auf Grund der *condictio* belangt werden könnte. Die *condictio* diene hier also zur *Vorbeugung* von ungerechtfertigter Bereicherung. Dies beinhaltete, dass auch der Empfänger, der in Besitz der nicht geschuldet geleisteten Sache gekommen, aber noch nicht Eigentümer geworden war, haftbar gemacht werden könnte auf Grund der *condictio*. Der Hoge Raad hat die *rei vindicatio* und die *condictio* folglich, anders als Bregstein, nicht als zwei sich gegenseitig ausschließende Forderungen betrachtet.

Beim Entwurf des neuen Zivilgesetzbuches spielte die Lehre von Bregstein anfangs eine wichtige Rolle, aber nachdem das „Triumvirat“ („Driemanschap“)¹ die Arbeit auf sich genommen hatte, wurde die Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio* nicht nur als eine logische, sondern auch als eine wünschenswerte Konsequenz des Kausalitätsprinzips angesehen. An diese Auffassung legte die das „Triumvirat“ das Argument zugrunde, dass bereits durch Paulus de Castro vorgebracht wurde, näm-

1 Eine anfänglich aus Drion, Eggens und De Jong bestehende Arbeitsgruppe, die den Entwurf des niederländischen Zivilgesetzbuches nach dem Tode Meijers weitergeführt hat.

lich, dass die *condictio* einen beweisrechtlichen Vorteil bietet gegenüber der *rei vindicatio*. Nach Maßstäben des heutigen Beweisrechts kann man jedoch zweifeln ob dieser Vorteil noch immer existiert. Die Rechtsvermutung auf Grund welcher der Besitzer als Eigentümer betrachtet wird, kann durch den Kläger schließlich derart widerlegt werden, „dass der Besitzer sein vorgegebenes Eigentumsrecht näher zu beweisen haben wird.“ Wenn der Geber den Beweis liefert, dass er die Sache nicht geschuldet an den Empfänger geliefert hat, wird er hiermit sowohl die Rechtsvermutung zugunsten des Angeklagten entkräftet haben, als auch bewiesen haben, dass er zuvor selbst Besitzer war. Auch dem Geber als ehemaligem Besitzer, steht es zu sich auf die Rechtsvermutung zu berufen, dass er Eigentümer war in dem Moment, in dem er den Besitz hatte. Es liegt dann am Empfänger diese Eigentumsvermutung zu entkräften. Die Beweislast der *rei vindicatio* wird in der Praxis folglich nicht schwerer ausfallen als die Beweislast der *condictio*.

§ 3 SCHLUSS

Im römischen Recht zielte die *condictio* im Prinzip auf Eigentumsübertragung. Nur in den Fällen, in denen die *condictio* nicht auf Eigentumsübertragung zielte – bei der *condictio furtiva* und der *condictio possessionis* – konnte Konkurrenz mit der *rei vindicatio* eintreten. Im *ius commune* blieb ein lästiger Gegensatz bestehen zwischen einerseits der Beibehaltung der Grundregel und andererseits der breiten Anwendung der *condictio possessionis*. Seit dem *ius commune* ist die Grundregel, dass die *condictio* auf Eigentumsübertragung zielt, die Grundlage der Auffassung, dass Eigentum auch auf Grund eines Putativtitels übertragen werden kann. Diese Auffassung ist jedoch anfechtbar und sie ist im alten Zivilgesetzbuch deshalb auch abgewiesen worden: den Artikeln über den Anspruch wegen nicht geschuldeter Leistung muss bei der Beantwortung der Frage nach den Voraussetzungen für Eigentumsübertragung keine Bedeutung zugemessen werden. Tatsächlich besteht kein zwingender Zusammenhang zwischen einerseits dem Charakter der *condictio* als eine auf Eigentumsübertragung gezielte oder nicht auf Eigentumsübertragung gezielte Forderung, und andererseits der Frage ob unter der *iusta causa* als Voraussetzung für Eigentumsübertragung wohl oder nicht eine *causa* zu verstehen ist, die obligatorisch rechtskräftig ist. Trotzdem kann das Argument der Glosse umgedreht werden, in dem Sinne, dass Anerkennung des Kausalitätsprinzips dazu zwingt die *condictio* als eine Forderung auf zu fassen, die nicht grundsätzlich auf Eigentumsübertragung zielt. Der Geber, der eine nicht geschuldete Leistung erbracht hat, ist im Prinzip Eigentümer der nicht geschuldet geleisteten Sache geblieben, sodass er die Sache vindizieren kann. Trotzdem wird er Bedarf haben auch die *condictio* gegen den Empfänger der Leistung zur Verfügung zu haben, ohne dass dieser Empfänger die Verteidigung führen kann, dass der Geber die Sache von ihm oder einem Dritten vindizieren hätte müssen. Die Bedeutung der Konkurrenz zwischen der *rei vindicatio* und der *condictio* liegt im Ausschluss dieser

Verteidigung und nicht so sehr in dem vermeintlichen beweisrechtlichen Vorteil der *condictio* gegenüber der *rei vindicatio* beim Kausalitätsprinzip. Der Geber, der eine nicht geschuldete Leistung erbracht hat, befindet sich damit in der Position eines bestohlenen Eigentümers im römischen Recht. Er hat sowohl die *rei vindicatio* gegen den Besitzer der nicht geschuldet geleisteten Sache zur Verfügung, als auch die *condictio* gegen den Empfänger.

Literatuurlijst

TEKSTEDITIES

Azo, *Summa Digestorum; Summa Institutionum*

Azo Portius († ná 1229), *Aurea Summa*, Venetië 1489; herdruk: *Corpus glossatorum juris civilis*. II. *Azonis Summa Super Codicem. Instituta. Extraordinaria*, Turijn: Augustae Taurinorum Ex Officina Erasmiana, 1966.

Azo, *Brocardica*

Azo Porcius, *Brocardica aurea*, Napels 1568; herdruk: *Corpus glossatorum juris civilis*. IV.3. *Azonis Brocarda*, Turijn: Augustae Taurinorum Ex Officina Erasmiana, 1967.

Bartolus, *Commentaria*

Bartolus de Saxoferrato (1314–1357), *Commentaria*, Venetië: Per Baptisam de Tortis 1526–1529; herdruk: G. Polara (red.), *Bartholus de Saxoferrato. Commentaria* (delen I–IX), Rome: Istituto Giuridico Bartolo da Sassoferrato/Il Cigno Galileo Galilei 1996.

Boncompagno da Signa, *Rhetorica novissima*

Boncompagno da Signa (1165–1240), *Rhetorica novissima*, opgenomen in: Augustus Gaudenzi (red.), *Bibliotheca iuridica medii aevi. Scripta anecdota glossatorum* II, Bologna: In aedibus Petri Virano olim fratrum treves 1892; herdruk Turijn: Bottega d'Erasmus 1962, p. 249–97.

Bruns, *Fontes I*

Carl Georg Bruns & Otto Gradenwitz (red.), *Fontes iuris Romani antiqui. Pars Prior. Leges et Negotia*, Tübingen: Mohr Siebeck 1909.

Corpus Iuris Civilis

Theodor Mommsen (red.), *Digesta Iustiniani Augusti (editio maior)* I; II, Berlijn: Weidmann 1870.

Theodor Mommsen & Paul Krüger (red.), *Corpus Iuris Civilis. Editio Stereotypa. Volumen Primum. Institutiones. Digesta*, Dublin/Zürich: Weidmann 1968 (herdruk van de editie uit 1911).

Paul Krüger (red.), *Corpus Iuris Civilis. Editio Stereotypa. Volumen Secundum. Codex Iustinianus*, Berlijn: Weidmann 1877.

Okko Behrends *et al.* (red.), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Band II. Digesten 1–10. Band III. Digesten 11–20*, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag 1995–99.

Job E. Spruit, Robert Feenstra en Felix B.J. Wubbe (red.), *Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling* (XII delen), Zutphen: Walburg Pers 1993–2001 (delen I–VI; Instituten en Digesten); Amsterdam: Koninklijke Academie van Wetenschappen 2005–2010 (delen VII–IX; Codex).

Cynus, *Digesti*

Cynus de Pistoia (Cinus Pistoriensis; 1270–1336), *In codicem et aliquot titulos primi pandectorum tomi, id est, digesti veteri*, Frankfurt am Main 1558; herdruk Turijn: Bottega d'Erasmus 1964.

Dinus, *De actionibus*

Dinus de Rossonis Mugellanus (Dinus de Mugello; c. 1250–1298/1303), *De actionibus commentaria*, geraadpleegde uitgave: Frankfurt a.M. 1569.

Domat, I

Jean Domat (1625–1696), *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. I, Parijs 1689; opgenomen in: Joseph Remy (red.), *Œuvres complètes de J. Domat. Tome premier*, Parijs: Alex-Gobelet 1835.

Donellus, *Commentaria de Iure Civili*

Hugo Donellus (Hugues Doneau; 1527–1591), *Commentaria de Iure Civili*; opgenomen in: Oswald Hilliger (red.), *Opera omnia I. Commentariorum de Iure Civili*, Florence: Ad signum clius 1840.

Faber, *Coniecturarum*

Antonius Faber (1557–1624), *Coniecturarum Iuris Civilis libri viginti*, Lyon: Borde, Arnaud en Rigaud 1661.

Faber, *Rationalia*

Antonius Faber, *Rationalia in Pandectas I-C*, Lyon 1659–1663.

Gai Institutiones

Francis de Zulueta, *The Institutes of Gaius. Part II. Commentary*, Oxford: Clarendon Press 1953.

Martin David (red.), *Gai Institutiones. Secundum Codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, Leiden: E.J. Brill 1964.

Job E. Spruit en Karel E.M. Bongenaar (red.), *De Instituten van Gaius*, 2^e druk, Zutphen: Walburg Pers 1994.

Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil*: Hein L.W. Nelson, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden: Brill 1981.

Nelson & Manthe, *Gai Institutiones III 88–181*: Hein L.W. Nelson & Ulrich Manthe, *Gai Institutiones III 88–181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar*, Berlin: Duncker & Humblot 1999.

Glossa ordinaria

Accursius (c. 1185–1263), *Glossa in digestum vetus; Glossa in digestum infortiatum; Glossa in digestum novum; Glossa in codicem; Glossa in volumen*, Venetië 1487–89; herdruk: *Corpus glossatorum iuris civilis VII–XI*, Turijn: Ex Officina Erasmiana 1969.

Accursius, *Corpus iuris civilis Iustinanei. Tomus primus Digestum Vetus; Tomus secundus Infortiatum; Tomus tertius Digestum Novum; Tomus quartus Codicis; Institutionum*, Lyon 1627.

Grotius, *Inleidinge*

Hugo de Groot (Grotius; 1583–1645), *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, 1631; editie: S.J. Fockema Andreae/L.J. van Apeldoorn, 4^e druk, Arnhem: S. Gouda Quint 1939.

Odofredus, *Digesti*

Odofredus († 1265), *In secundam digesti veteris partem*, Lyon 1552; herdruk: *Opera iuridica rariora II.2*, Bologna 1968.

Paulus de Castro, *Digesti*

Paulus de Castro (Paulus Castrensis; † ná 1441), *In secundam digesti veteris partem commentaria*, Venetië 1582.

Pothier, *Traité des obligations*

Robert-Joseph Pothier (1699–1772), *Traité des obligations*, 1761 (1764), in: M. Bugnet, *Œuvres de Pothier. Tome deuxième*, Parijs: Cosse et Marchal/Henri Plon 1861.

Pothier, *Traité du contrat de vente*

Robert-Joseph Pothier, *Traité du contrat de vente*, 1763, in: M. Bugnet, *Œuvres de Pothier. Tome troisième*, Parijs: Cosse et Marchal/Henri Plon 1861.

Pothier, *Traité de l'action condictio indebiti; Traité du contrat de dépôt*

Robert-Joseph Pothier, *Traité du quasi-contrat appelé promutuum, et de l'action condictio indebiti*, behorend tot het *Traité du contrat de prêt de consommation et des matières qui y ont rapport*, 1766–1767; *Traité du contrat de dépôt*, 1766, in: M. Bugnet, *Œuvres de Pothier. Tome cinquième*, Parijs: Cosse et Marchal/Henri Plon 1861.

Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*

Robert-Joseph Pothier, *Traité du droit de domaine de propriété*, 1771–1772, in: M. Bugnet, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle. Tome neuvième*, Parijs: Cosse et Marchal/Henri Plon 1861.

Révigny, *De actionibus*

Jacques de Révigny (Jacobus de Ravanis; 1230/40–1296), *De actionibus*; editie: Liesbeth J. van Soest-Zuurdeeg, *La Lecture sur le titre De actionibus (Inst. 4,6) de Jacques de Révigny* (diss. Leiden), Leiden: E.J. Brill Universitaire Pers Leiden 1989.

Révigny, *Lectura super Digesto Veteri*

Jacques de Révigny, *Lectura super Digesto Veteri*, Italië/Midden-Frankrijk: eind dertiende eeuw, ms. Leiden, collectie D'Ablaing 2.

Baldus de Ubaldis, *Commentaria omnia*

Baldus de Ubaldis (1327–1400), *Commentaria Omnia. In quatuor Institutionum Libros; In primum, secundum et tertium codicis librum*, Venetië 1599; herdruk: *Meisterwerke des Europäischen Rechts* IV-V, Goldbach: Keip Verlag 2004.

Vinnius, *Institutiones commentarius*

Arnold Vinnen (Arnoldus Vinnius; 1588–1657), *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius academicus, et forensis* (1642), Lugduni: Fratrum de Tournes 1761.

SECUNDAIRE LITERATUUR

In deze literatuurlijst is per hoofdstuk de volledige titelbeschrijving weergegeven van de in de voetnoten verkort aangehaalde literatuur. Voor zover een werk in een ander hoofdstuk voorkomt, wordt verwezen naar de volledige titelbeschrijving op die plek. Een ampersand in de aanduiding van de auteurs houdt in dat sprake is van co-auteurs, terwijl de bewerkers van een boek na een slash worden genoemd (bijvoorbeeld: Asser/Hartkamp & Sieburgh). Zie voor een verklaring van de afkortingen van enkele tijdschriften waar regelmatig naar wordt verwezen, de lijst op p. XIII.

1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Apathy, SZ 96

Peter Apathy, 'Procurator und solutio,' SZ 96 (1979), p. 65–88.

Apathy, TvR 69

Peter Apathy, 'Gijsbert Noordraven, Die Fiduzia im römischen Recht' (boekbespreking), TvR 69 (2001), p. 367–73.

Baron, *Conditionen*

Julius Baron, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess. I. Die Conditionen*, Berlijn: Leonhard Simion 1881.

Bekker, *Aktionen* I

Ernst Immanuel Bekker, *Die Aktionen des Römischen Privatrechts. Erster Band. Ius Civile*, Berlijn: Franz Vahlen 1871.

Beseler, SZ 43

Gerhard Beseler, 'Miscellanea critica,' SZ 43 (1922), p. 415–39.

Beseler, TvR 10

Gerhard Beseler, 'Romanistischen Studien,' TvR 10 (1929), p. 161–240.

Von Bethmann-Hollweg, *Civilprozeß* II.2

Moritz August von Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung. Zweiter Band. Der römische Civilprozeß. 2. Formulae*, Bonn: Adolph Marcus 1865.

Bezemer, *TvR* 81

Kees Bezemer, 'Jacques de Revigny's contribution to the concept of subjective rights and the origins of the maxim *'Ex facto ius oritur'*,' *TvR* 81 (2013), p. 199–217.

Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*

Cornelis Alet Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1966.

Boukema, *Samenloop*

Cornelis Alet Boukema, *Samenloop* (Monografieën Nieuw BW, A21), Deventer: Kluwer 1992.

Brinz, *Pandekten* II.2

Alois Brinz, *Lehrbuch der Pandekten. Zweiter Band. Zweite Abtheilung*, 2^e druk, Erlangen: Verlag von Andreas Deichert 1882.

Brunner, *Samenloop*

Christiaan J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984.

Buckland, *Slavery*

William Warwick Buckland, *The Roman Law of Slavery*, University Press Cambridge 1908.

Buckland, *Roman Law*

William Warwick Buckland, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, 2^e druk, Cambridge University Press 1950.

Buhl, *SZ* 2

Heinrich Buhl, 'Africans Quaestionen und ihr Verhältniss zu Julian,' *SZ* 2 (1881), p. 180–99.

Castermans & Krans, *Ex libris Hans Nieuwenhuis*

Alex Geert Castermans & Bart Krans, 'Samenloop en toegang tot de rechter,' in: Castermans *et al.* (red.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 155–69.

Coninck Liefsting, *Themis* 8; 12; 13; 32

Focco Bernardus Coninck Liefsting, 'De conditio triticaria en het stelsel der conditiën van het Romeinsche regt,' *Themis* 8 (1861), p. 83–117, 457–86; 'De speciale conditiën, Conditiones incerti, en het stelsel der conditiën van het Romeinsche regt,' *Themis* 12 (1865), p. 201–63; *Themis* 13 (1866), p. 711–764^m; 'Algemeen overzicht van de onderscheiden conditiën. Bestrijding van het gevoelen, dat aan de verschillende conditiones incerti één algemeen leidend beginsel tot grondslag zou hebben gelegen. Historische verklaring voor haar bestaan,' *Themis* 32 (1871), p. 73–101.

Coninck Liefsting, *Verbindtenissen uit overeenkomst*

Focco Bernardus Coninck Liefsting, *Algemeene beginselen van de leer der rechtsgeldigheid van verbindtenissen uit overeenkomst zooals zich die in het Romeinsche Regt gevormd en later in Europa ontwikkeld heeft*, Den Haag: Belinfante 1890.

Cornil, *Traité*

Georges Cornil, *Traité de la possession dans le droit romain. Pour servir de base a une étude comparative des législations modernes*, Parijs: Albert Fontemoing 1905.

Daube, *CLJ* 6

David Daube, 'Furtum proprium and furtum improprium,' *Cambridge Law Journal* 6 (1937), p. 217–34.

Daube, *CLJ* 7

David Daube, 'Nocere and noxa,' *Cambridge Law Journal* 7 (1939), p. 23–55.

Dernburg, *Pfandrecht* I

Heinrich Dernburg, *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts*, Leipzig: Verlag von S. Hirzel 1860.

Dernburg/Sokolowski, II

Heinrich Dernburg/Paul Sokolowski, *System des Römischen Rechts. Der Pandekten. Zweiter Teil*, 8^e druk, Berlijn: H.W. Müller 1912.

Donatuti, *Studi Parmensi* 1

Guido Donatuti, 'Le causæ delle condictiones,' *Studi Parmensi* 1 (1951), p. 35–169.

Dondorp & Schrage, *Levering krachtens geldige titel*

J.H. (Harry) Dondorp en Eltjo J.H. Schrage, *Levering krachtens geldige titel. Enige grepen uit de geschiedenis van de vereisten voor eigendomsoverdracht*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1991.

Druwé, *Rechtsgeschiedenis*

Wouter Druwé, 'De writ of debt, een Engelsrechtelijke *condictio*?,' in: Dave De Ruyscher *et al.* (red.), *Rechtsgeschiedenis op nieuwe wegen. Legal history moving in new directions*, Antwerpen & Apeldoorn: Maklu 2015, p. 253–301.

Eisele, *AcP* 79

Fridolin Eisele, 'Zur Lehre von der Klagenkonkurrenz,' *AcP* 79 (1892), p. 327–405.

Erbe, *Fiduzia*

Walter Erbe, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1940.

Van Es, *De actio negatoria*

Peter Christiaan van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Fitting, *Sciens indebitum accipere*

Frédéric Fitting, *Sciens indebitum accipere. Étude de jurisprudence romaine classique* (diss. Lausanne), Lausanne: Imprimerie La Concorde 1926.

Frezza, *Garanzie* II

Paolo Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di Diritto Romano. Volume Secondo. Le Garanzie Reali*, Padua: Cedam 1963.

Fuchs, *Iusta causa traditionis*

Johannes Georg Fuchs, *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft*, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1952.

Girard/Senn, *Manuel élémentaire*

Paul Frédéric Girard/Félix Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e druk, Parijs: Arthur Rousseau 1929.

Glück, XIII.1

Christian Friedrich Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar. Dreizehnten Theils erste Abtheilung*, Erlangen: Johann Jacob Palm 1811.

Gordon, *Essays Nicholas*

William M. Gordon, 'The Importance of the *iusta causa* of *traditio*,' in: Peter Birks (red.), *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for Barry Nicholas*, Oxford: Clarendon Press 1989, p. 123–35; opgenomen in: *Roman Law, Scots Law and Legal History. Selected Essays*, Edinburgh University Press 2007, p. 70–83.

Guhl/Merz/Koller, *Obligationenrecht*

Zie 4. Duits en Zwitsers recht

Hähnchen, *Die causa condictionis*

Susanne Hähnchen, *Die causa condictionis. Ein Beitrag zum klassischen römischen Kondiktionenrecht* (diss. Freie Universität Berlin), Berlijn: Duncker & Humblot 2003.

Hähnchen, SZ 121

Susanne Hähnchen, 'Sab.-Ulp. D. 12,5,6 und die *condictio ex iniusta causa*,' SZ 121 (2004), p. 385–95.

Hallebeek, AA 55

Jan Hallebeek, 'Het causale en abstracte stelsel van eigendomsoverdracht,' AA 55 (2006), p. 174–81.

Harke, IVRA 54

Jan Dirk Harke, 'Das klassische römische Kondiktionensystem,' IVRA 54 (2003), p. 49–86.

Van Hattum, *Non bis in idem*

Wiene F. van Hattum, *Non bis in idem. De ontwikkeling van een beginsel* (diss. Groningen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.

Haymann, JhJb 77

Franz Haymann, 'Zuwendung aus fremden Vermögen,' JhJb 77 / Zweite Folge 41 (1927), p. 188–296.

Haymann, BIDR 16-17

Franz Haymann, 'Grenzen zwischen Betrug und Diebstahl bei der Sachuebergabe im römischen Recht,' BIDR 16–17 (1953), p. 1–45.

Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio*

Derkje Hazewinkel-Suringa, *Mancipatio en traditio. Bijdrage tot de kennis van eigendomsoverdracht in het Romeinsche recht* (diss. Amsterdam), Alphen aan den Rijn, N. Samsom 1931.

Hitzig, RE, s.v. 'Furtum'

Hermann Ferdinand Hitzig, s.v. 'Furtum,' in: Georg Wissowa & Wilhelm Kroll (red.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Dreizehnter Halbband* (VII, 1), Stuttgart: J.B. Metzlersche Buchhandlung 1910, k. 384–405.

Huvelin, *Furtum I*

Paul-Louis Huvelin, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. I. Les Sources* (Annales de l'université de Lyon Nouvelle Serie. II. Droit, Lettres, Fascicule 29), Lyon & Parijs: A. Rey & Rousseau 1915.

Jansen, GrOM 23

Jelle E. Jansen, 'Enige opmerkingen en mededelingen over samenloop van verschillende vorderingen na diefstal,' GrOM 23 (2006), p. 95–111.

Jansen, *Bezit te kwader trouw*

Jelle E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring. Een leerstellige rechtsvergelijkende studie op historische grondslag* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Jansen, *Samenloop*

J.F.M. Jansen, 'Wanneer is er sprake van samenloop?,' in: I.S.J. Houben *et al.* (red.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 3–23.

Jonkers, *Onwettigheid*

Tobias Jonkers, *Over onwettigheid, onzedelijkheid en terugvordering. Een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar de toelaatbaarheid van vorderingen uit onverschuldigde betaling na de uitvoering van een nietige overeenkomst* (diss. Groningen), Boom juridisch 2017.

Kaden, SZ 71

Erich-Hans Kaden, 'Das Schrifttum der Jahre 1950–1953 zur römischen Bereicherungslehre,' SZ 71 (1954), p. 555–90.

Kaser, *Quanti ea res est*

Max Kaser, *Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1935.

Kaser, *BIDR* 64

Max Kaser, 'Zur "Iusta Causa Traditionis",' *BIDR* 64 (1961), p. 61–97.

Kaser, *SZ* 78

Max Kaser, 'In bonis esse,' *SZ* 78 (1961), p. 173–220.

Kaser, *TvR* 29

Max Kaser, 'Das Geld im Römischen Sachenrecht,' *TvR* 29 (1961), p. 169–229.

Kaser, *SZ* 84

Max Kaser, 'Zum Formproblem der *litis contestatio*,' *SZ* 84 (1967), p. 1–46.

Kaser, *Fs. Felgentraeger*

Max Kaser, 'Zur Frage einer "condictio" aus gutgläubigem Erwerb oder gutgläubiger Leistung im römischen Recht,' in: Max Kaser et al. (red.), *Festschrift für Wilhelm Felgentraeger zum 70. Geburtstag. Im Namen von Freunden, Kollegen und Schülern überreicht*, Göttingen: O. Schwartz 1969, p. 277–94; opgenomen in: *Ausgewählte Schriften II*, Napels: Jovene 1976, p. 343–61.

Kaser, *RP I*

Max Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2^e druk, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1971.

Kaser, *SAW* 277.5

Max Kaser, 'Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung,' in: *Sitzungsberichte der Österreichische Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse 277.5* (1972), Wenen, Keulen & Graz: Hermann Böhlau Nachfolger 1972, p. 5–117.

Kaser, *RP II*

Max Kaser, *Das römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. Die nachklassischen Entwicklungen*, 2^e druk, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1975.

Kaser, *AÖAW* 116

Max Kaser, 'Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen,' *Anzeiger der Österreichischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-historische Klasse 116* (1979), p. 83–113; opgenomen in: *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Wenen, Keulen & Graz: Hermann Böhlau Nachfolger 1986, p. 112–54.

Kaser, *TvR* 47

Max Kaser, 'Studien zum römischen Pfandrecht II. Actio pignoratitia und actio fiduciae,' *TvR* 47 (1979), p. 195–234, 319–45.

Kaser, *Gedenkschrift Thomas*

Max Kaser, 'Divisio Obligationum,' in: P.G. Stein & A.D.E. Lewis (red.), *Studies in Memory of J.A.C. Thomas*, Londen: Sweet & Maxwell 1983, p. 73–86; opgenomen in: *Römische Rechtsquellen*, p. 155–72.

Kaser, *SZ* 105

Max Kaser, 'Altrömisches Eigentum und "usucapio",' *SZ* 105 (1988), p. 122–64.

Kaser/Hackl, *RZ*

Max Kaser/Karl Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, 2^e druk, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1996.

Kiefner, *SZ* 81

Hans Kiefner, 'Klassizität der 'probatio diabolica'?', *SZ* 81 (1964), p. 212–32.

Kipp, *RE*, s.v. 'Condictio'

Theodor Kipp, s.v. 'Condictio,' in: Georg Wissowa (red.), *Paulys Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft. Siebenter Halbband (IV,1)*, Stuttgart: J.B. Metzlerscher Verlag 1900, k. 847–58.

Koschembahr-Lyskowski, *Condictio* II

Ignacy von Koschembahr-Lyskowski, *Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. Zweiter Band*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1907.

Kreller, SZ 62

Hans Kreller, 'Formula fiduciae und Pfandedikt,' SZ 62 (1942), p. 143–208.

Kunkel, *Die Römischen Juristen*

Wolfgang Kunkel, *Die Römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, 2^e druk, Keulen, Weimar, Wenen: Böhlau 1967 (herdruk 2001).

Kunkel, SZ 86

Wolfgang Kunkel, 'Ernst Levy zum Gedächtnis,' SZ 86 (1969), p. XIII–XXXII.

Lenel, SZ 3; 4

Otto Lenel, 'Quellenforschungen in den Edictencommentaren,' SZ 3 (1882), p. 104–20; SZ 4 (1883), p. 112–25.

Lenel, *Pal.* I; II

Otto Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis. Volumen Prius; Volumen Alterum*, Leipzig: Bernhard Tauchnitz 1889.

Lenel, *EP*

Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3^e druk, Leipzig: Bernhard Tauchnitz 1927.

Levy, SZ 36

Ernst Levy, 'Zur Lehre von den sog. actiones arbitrariae,' SZ 36 (1915), p. 1–82.

Levy, *Konkurrenz* I

Ernst Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht. Erster Band*, Berlin: Franz Vahlen 1918.

Levy, SZ 42

Ernst Levy, 'Die Enteignung des Klägers im Formularprozeß,' SZ 42 (1921), p. 476–514.

Levy, *Konkurrenz* II

Ernst Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht. Zweiter Band, erste Hälfte*, Berlin: Franz Vahlen 1922.

Levy, SZ 43

Ernst Levy, 'Miscellen: Zu D. 6,1,63 und 70,' SZ 43 (1922), p. 530–35.

Levy, SZ 54

Ernst Levy, 'Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius,' SZ 54 (1934), p. 258–311.

Levy, *IVRA* 3

Ernst Levy, 'Beweislast im klassischen Recht,' *IVRA* 3 (1952), p. 155–79.

Levy, *Nachträge*

Ernst Levy, *Nachträge zur Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger 1962.

Liebs, SZ 84

Detlef Liebs, 'Die Herkunft der "Regel" bis de eadem re ne sit actio,' SZ 84 (1967), p. 104–32.

Liebs, SZ 86

Detlef Liebs, 'Die Klagenkonsumption des römischen Rechts,' SZ 86 (1969), p. 169–91.

Liebs, *Klagenkonkurrenz*

Detlef Liebs, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht 1972.

Liebs, *Essays Honoré*

Detlef Liebs, 'The History of the Roman *Condictio* up to Justinian,' in: Neil MacCormick & Peter Birks (red.), *The Legal Mind. Essays for Tony Honoré*, Oxford: Clarendon Press 1986, p. 163–83.

Lokin, *Fs. Ankum*

Jan H.A. Lokin, 'The End of an Epoch. Epilegomena to a century of interpolation criticism,' in: Robert Feenstra et al., *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam: J.C. Gieben 1995, p. 261–73.

Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*

Jan H.A. Lokin & Willem J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 4^e druk, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

Von Mayr, *Condictio*

Robert von Mayr, *Die Condictio des römischen Privatrechtes*, Leipzig: Duncker & Humblot 1900.

Von Mayr, *SZ* 24; 25

Robert von Mayr, 'Condictio incerti,' *SZ* 24 (1903), p. 258–78; *SZ* 25 (1904), p. 188–231.

Medicus, *Id quod interest*

Dieter Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Keulen/Graz: Böhlau Verlag 1962.

Mitteis, *JhJb* 39

Ludwig Mitteis, 'Zur Lehre von der sog. *condictio generalis*,' *JhJb* 39/Zweite Folge 3 (1898), p. 153–73.

Müller-Ehlen, *Hereditatis Petitio*

Martina Müller-Ehlen, *Hereditatis Petitio. Studien zur Leistung auf fremde Schuld und zur Bereicherungshaftung in der römischen Erbschaftsklage*, Keulen, Weimar, Wenen: Böhlau 1998.

Noordraven, *Fiducia*

Gijsbert Noordraven, *De Fiducia in het Romeinse recht* (diss. Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer; Arnhem: Gouda Quint 1988.

Oertmann, *Fiducia*

Paul Oertmann, *Die Fiducia im römischen Privatrecht. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin: Verlag von J. Guttentag 1890.

d'Ors, *SDHI* 19

Álvaro d'Ors, 'Observaciones sobre el 'Edictum de rebus creditis,' *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 19 (1953), p. 134–201.

d'Ors, *RIDA* 12

Álvaro d'Ors, 'The "odium furum" of Gaius 4, 4,' *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité* (3^e Série) 12 (1965), p. 453–67.

Van Oven, *Leerboek*

Julius Christiaan van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, 3^e druk, Leiden: E.J. Brill 1948.

Van Oven, *TvR* 22

Julius Christiaan van Oven, 'La "forêt sauvage" de la *condictio classica*,' *TvR* 22 (1954), p. 267–307.

Partsch, SZ 32

Joseph Partsch, 'H.H. Pflüger, *Condictio und kein Ende*' (boekbespreking Pflüger, Fs. Krüger), SZ 32 (1911), p. 447–51.

Pauw, SALJ 93

Pieter Pauw, 'Historical Notes on the Nature of de *Condictio Furtiva*,' *South African Law Journal* 93 (1976), p. 395–400.

Pernice, *Labeo* II.2

Alfred Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte des Kaiserzeit. Zweiter Band. Abt. II*, Halle: Max Niemeyer 1900.

Pernice, *Labeo* III.1

Alfred Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte des Kaiserzeit. Dritter Band. Erste Abteilung*, Halle: Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses 1873.

Peters, SZ 32

Hans Peters, 'Generelle und spezielle Aktionen,' SZ 32 (1911), p. 179–307.

Pflüger, SZ 18

Heinrich Hackfeld Pflüger, 'Über die *condictio incerti*,' SZ 18 (1897), p. 75–113.

Pflüger, *Ciceros Rede*

Heinrich Hackfeld Pflüger, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo. Rechtlich beleuchtet und verwertet*, Leipzig: Duncker & Humblot 1904.

Pflüger, Fs. Krüger

Heinrich Hackfeld Pflüger, 'Condictio und kein Ende. Eine Antikritik und auch eine Selbstkritik,' in: *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für Paul Krüger zum Doktor-Jubiläum*, Berlin: Weidmannsche Buchhandlung 1911, p. 1–96.

Pflüger, SZ 32

Heinrich Hackfeld Pflüger, 'Condictio ex iniusta causa,' SZ 32 (1911), p. 168–79.

Pflüger, *Eigentum*

Heinrich Hackfeld Pflüger, *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht*, München, Leipzig: Duncker & Humblot 1937.

Pika, *Ex causa furtiva condicere*

Wolfram Pika, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 1999.

Prichard, Fs. Arangio-Ruiz

Alan M. Prichard, 'The Origin of the "Legis actio per conditionem",' in: *Syntheseleia Vincenzo Arangio-Ruiz I*, Napoli: Editore Jovene 1964, p. 260–68.

Renaud, *AcP* 29

Achilles Renaud, 'Zur Lehre von der Rückforderung einer irrthümlich bezahlten Nichtschuld, nach römischem Rechte, mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen,' *AcP* 29 (1846), p. 147–81, 428–54.

Rudorff, *ZRG* 11

Adolf Friedrich Rudorff, 'Ueber die baetische Fiduciartafel,' *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 11 (1873), p. 52–107.

Saccoccio, *Si certum petetur*

Antonio Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianeae*, Milaan: Dott. A. Giuffrè Editore 2002.

Santoro, *AUPA* 32

Raimondo Santoro, 'Studi sulla *condictio*,' *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo* 32 (1971), p. 181–512.

Savigny, *System* III; V; VI

Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Dritter Band; Fünfter Band; Sechster Band*, Berlin: Veit und Comp. 1840; 1841; 1847.

Scheltema, *Actiones arbitrariae*

Herman J. Scheltema, *Proeve eener theorie der actiones arbitrariae* (diss. Groningen), Groningen 1934.

Schloßmann, *SZ* 24

Alexander Schloßmann, 'Zur Geschichte des römischen Kaufes,' *SZ* 24 (1903), p. 152–93.

Schloßmann, *SZ* 29

Alexander Schloßmann, 'Über die angebliche technische Bedeutung von *dare* in der römischen Rechtssprache,' *SZ* 29 (1908), p. 288–309.

Schmitt, *Subsidiarität*

Rolf Schmitt, *Die Subsidiarität der Bereicherungsansprüche*, Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking 1969.

Schulz, *CRL*

Fritz Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford: Clarendon Press 1951.

Schwarz, *Condictio*

Fritz Schwarz, *Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht*, Münster & Keulen: Böhlau-Verlag 1952.

Siber, *Passivlegitimation*

Heinrich Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig: A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf. (Georg Böhme) 1907.

Simonius, *Fs. Lewald*

August Simonius, 'Zur Frage einer einheitlichen "*causa condictio*"', in: *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel: Verlag Helbing & Lichtenhahn 1953, p. 161–74.

Smith, *Unjustified Enrichment*

Lionel Smith, 'Property, Subsidiarity and Unjust Enrichment,' in: David Johnston & Reinhard Zimmermann (red.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press 2002, p. 588–623.

Snijders, *Speculum Langemeijer*

Wouter Snijders, 'Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe BW,' in: J.F. Glastra van Loon (red.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 453–71.

Stone, *SZ* 83

Roy Stone, 'Gaius noster and "*Res nostra*"', *SZ* 83 (1966), p. 357–65.

Sturm, *SZ* 124

Fritz Sturm, 'Antonio Saccoccio, *Si certum petetur*' (boekbespreking), *SZ* 124 (2007), p. 513–30.

Trampedach, *SZ* 17

Friedrich Trampedach, 'Die *condictio incerti*,' *SZ* 17 (1896), p. 97–154.

Valiño, *Fs. Miquel*

Alejandro Valiño, 'Exégesis de Pomp. 6 ad Sabinum D. 47.2.9.1: en torno a la consumición procesal de la *condictio* y de la *vindicatio rei*,' in: José L. Linares *et al.* (red.), *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra 2006, p. 1009–26.

Vangerow, III

Karl Adolph von Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten. Dritter Band*, 7^e druk, Marburg & Leipzig: N.G. Erwert'sche Verlags-Buchhandlung 1876.

Visser, *Comparative Law*

Daniel Visser, 'Unjustified Enrichment in Comparative Perspective,' in: Mathias Reimann & Reinhard Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press 2006, p. 969–1002.

Van Vliet, *ERPL* 11

Lars Peter Wunibald van Vliet, 'Iusta Causa Traditionis and its History in European Private Law,' *European Review of Private Law* 11 (2003-3), p. 342–78; dit artikel stemt grotendeels overeen met: *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi 2000, p. 169–99.

Vriesendorp, *RMTh* 1984

Reinout D. Vriesendorp, 'Revindicatie en actie uit onverschuldigde betaling,' *RMTh* 143 (1984-1), p. 4–20.

Wacke, *BIDR* 79

Andreas Wacke, 'Die Zahlung mit fremdem Geld. Zum Begriff des *pecuniam consumere*,' *BIDR* 79 (1976), p. 49–144.

Wacke, *Actiones suas praestare debet*

Jan Ulrich Wacke, *Actiones suas praestare debet. Die Last zur Klagenabtretung an den Ersatzpflichtigen und dessen Eigentumserwerb – Römischrechtliche Grundlagen des Zessionsregresses nach § 255 (1. Fall) BGB*, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

Watson, *Obligations*

Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford University Press 1965.

Wubbe, *Res aliena pignori data*

Felix B.J. Wubbe, *Res aliena pignori data. De verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht* (diss. Leiden), Universitaire Pers Leiden 1960.

Wubbe, *SZ* 108

Felix B.J. Wubbe, 'Gijsbert Noordraven, *De fiducia in het Romeinse recht*' (boekbespreking), *SZ* 108 (1991), p. 515–23.

Yaron, *TvR* 35

Reuven Yaron, 'Reflections on Usucapio,' *TvR* 35 (1967), p. 191–229.

Zimmermann, *Obligations*

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad: Juta and co 1990; Oxford University Press 1996.

Zwalve, *Denegatio actionis*

Willem J. Zwalve, *Proeve ener theorie der denegatio actionis. Een onderzoek naar de positie van de magistratuur in het Romeinse burgerlijke procesrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1981.

Zwalve, *NTBR* 12

Willem J. Zwalve, 'Zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking,' *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 12 (1995-7), p. 157–63.

Zwalve, *GrOM* 13

Willem J. Zwalve, 'Revindicatie en conductie van geld,' *GrOM* 13 (1996), p. 83–97.

Zwalve, *Qui solvit alii*

Willem J. Zwalve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

Zwalve, *GrOM* 22

Willem J. Zwalve, 'Tekst & Uitleg IX. C. 4,5,1,' *GrOM* 22 (2005), p. 101–14.

Zwalve, *GEPR*

Willem J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht. I. Inleiding en zakenrecht*, 3^e druk, Deventer: Kluwer 2006.

Zwalve, *Simplex et perpetuum*

Willem J. Zwalve, *Simplex et perpetuum. Beschouwingen over eigendom en tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

Zwalve, *Fs. Schrage*

Willem J. Zwalve, 'Zur Abtretung des Herausgabeanspruchs im mittelalterlichen gemeinen Recht,' in: Harry Dondorp et al. (red.), *Ius romanum-Ius commune-Ius hodiernum. Studies in Honour of Eltjo J.H. Schrage on the Occasion of his 65th birthday*, Amsterdam & Aalen: Scientia Verlag 2010, p. 441–50.

3. *Ius commune*

Boeren, *Catalogue*

Petrus Cornelis Boeren, *Catalogue des manuscrits des collections D'Ablain et Meijers*, Codices Manuscripti XII, Leiden: Bibliotheca Universitatis Lugduni Batavorum 1970.

Bezemer, *Les répétitions*

Kees Bezemer, *Les répétitions de Jacques de Révigny. Recherches sur la répétition comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire, suivies d'un inventaire des textes*, Leiden: Brill 1987.

Coing, *EP I*

Helmut Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte. Erster Band. Mittelalter (1100–1500). Die gelehrten Rechte und die Gesetzgebung*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1973.

Dawson, *Unjust Enrichment*

John P. Dawson, *Unjust Enrichment. A Comparative Analysis*, Boston: Little, Brown and Company 1951.

Dondorp & Schrage, *Levering krachtens geldige titel*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Gordon, *Essays Nicholas*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Hofmann, *Titulus und modus adquirendi*

Franz Hofmann, *Die Lehre vom titulus und modus adquirendi und von der iusta causa traditionis*, Wenen: Verlag der G.J. Manz'schen Buchhandlung 1873.

Kaser, *BIDR* 64

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*

Paul Koschaker, *Europa en het Romeinse recht*, Nederlandse editie verzorgd door Theo Veen, 3^e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000; 1^e druk: *Europa und das römische Recht*, München: Biederstein Verlag 1947.

Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*

Berthold Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung. Geschichtliche Entwicklungen*, Heidelberg: Decker & Müller 1987.

Landsberg, *Die Glosse des Accursius*

Ernst Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum. Rechts- und dogmengeschichtliche Untersuchung*, Leipzig: F.A. Brockhaus 1883.

Lange, *Die Glossatoren*

Hermann Lange, *Römisches Recht im Mittelalter. Band I. Die Glossatoren*, München: Beck 1997.

Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*

Hermann Lange & Maximiliane Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter. Band II. Die Kommentatoren*, München: Beck 2007.

Lokin & Zwalve, *Codificatiegeschiedenis*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Meijers, *Études III*

Eduard Maurits Meijers, 'L'Université d'Orléans au XIII^e siècle'; opgenomen in: R. Feenstra & H.F.W.D. Fischer (red.), Meijers, *Études d'histoire du droit. Tome III. Le droit Romain au Moyen Âge*, Universitaire Pers Leiden 1959, p. 3–148.

Van Oven, *Praeadvies*

Zie 5. Frans en Nederlands recht

Ranieri, *TvR 38*

Filippo Ranieri, 'Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto,' *TvR 38* (1970), p. 315–42.

Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*

Filippo Ranieri, 'Die Lehre der abstrakten Übereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts,' in: Helmut Coing und Walter Wilhelm (red.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert. II. Die rechtliche Verselbständigung der Austauschverhältnisse vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Entwicklung und Doktrin*, Frankfurt a.M.: Vittorio Klostermann 1977, p. 90–111.

Schrage, *Utrumque ius*

Eltjo J.H. Schrage, m.m.v. J.H. Dondorp, *Utrumque ius. Een inleiding tot de studie van de bronnen van het middeleeuwse geleerde recht*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1987.

Söllner, *SZ 77*

Alfred Söllner, 'Die causa im Kondiktionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten,' *SZ 77* (1960), p. 182–269.

Zimmermann, *Obligations*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Zwalve, *GEPR*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

4. Duits en Zwitsers recht

Aebli, *Bereicherung*

Leo Aebli, *Die ungerechtfertigte Bereicherung nach schweizer. Obligationenrecht* (diss. Zürich), Aarau: H.R. Sauerländer & Co 1912.

Becker, *Obligationenrecht I*

H. Becker, *Obligationenrecht. I. Abteilung. Allgemeine Bestimmungen. Art. 1–183 (Berner Kommentar)*, Bern: Verlag von Stämpfli & Cie 1941.

Bolze, *AcP* 78; 79

Albert Bolze, 'Einige Quellenstellen zur Lehre von der Condictio', *AcP* 78 (1892), p. 422–60; *AcP* 79 (1892), p. 183–223.

Brandsma, *AA* 58

Frits Brandsma, 'De Historische School in het privaatrecht', *AA* 58 (2009), p. 417–23.

Brinz, *Pandekten I*

Alois Brinz, *Lehrbuch der Pandekten. Erste Abtheilung*, Erlangen: Verlag von Andreas Deichert 1857.

Brinz, *Pandekten II.2*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Bruns, *Das Recht des Besitzes*

Carl Georg Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen: Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung 1848.

Bruns, *Die Besitzklagen*

Carl Georg Bruns, *Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts*, Weimar: Hermann Böhlau 1874.

BSK. OR I

Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt & Wolfgang Wiegand (red.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, 4^e druk, Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag 2011.

BSK. ZGB II

Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt & Thomas Geiser (red.), *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch II. Art. 457–977 ZGB. Art. 1–61 SchlT ZGB*, 3^e druk, Basel: Helbing Lichtenhahn 2007.

Bussy, *Enrichissement*

André Bussy, *Étude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse* (diss. Lausanne), Lausanne: Imprimerie La Concorde 1922.

Carry, *Enrichissement*

Paul Carry, *Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse* (diss. Genève), Genève: Imprimerie Jent 1927.

Coing, *EP* III.2

Helmut Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte. Dritter Band. Das 19. Jahrhundert. Zweiter Teilband. Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1982.

Degenkolb, *AcP* 64

Heinrich Degenkolb, 'Karl Georg Bruns', *AcP* 64 (1881), p. 432–79.

Dernburg, *AcP* 40

Heinrich Dernburg, 'Beitrag zur Lehre von der justa causa bei der Tradition', *AcP* 40 (1857), p. 1–23.

Dernburg/Sokolowski, *Pandekten II*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Drakidis, *RTD civ.* 59

Philippe Drakidis, 'La "subsidiarité", caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause,' *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 59 (1961), p. 577–615.

Eger, *ZSR* 33

Otto Eger, 'Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht,' *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 55/Neue Folge 33 (1914), p. 334–56.

Gauch & Schluep, *Obligationenrecht I*

Peter Gauch & Walter R. Schluep/Jörg Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht. Band I*, 9^e druk, Zürich: Schulthess 2008.

Glück, XIII.1

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Guhl/Merz/Koller, *Obligationenrecht*

Theo Guhl/Hans Merz & Max Kummer/Alfred Koller & Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht. Mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts*, 8^e druk, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag 1995.

Hafner, *Obligationenrecht*

H. Hafner/A. Goll, *Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister*, 2^e druk, Zürich, Orell Füssli 1905.

Keller & Schaufelberger, *Bereicherung*

Max Keller & Peter C. Schaufelberger, *Das Schweizerische Schuldrecht. Band III. Ungerechtfertigte Bereicherung*, 3^e druk, Basel & Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn 1990.

Klinkhammer, *Besitz*

Frank Klinkhammer, *Der Besitz als Gegenstand des Bereicherungsanspruchs*, Berlijn: Duncker & Humblot 1997.

Köbl, *EBV*

Ursula Köbl, *Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB. Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre* (diss. Erlangen/Neurenberg), Berlijn: Duncker und Humblot 1971.

Koller, *Obligationenrecht*

Alfred Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil. Handbuch des Schuldrechts ohne Deliktsrecht*, 3^e druk, Bern: Stämpfli Verlag AG 2009.

Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*

Zie 3. *Ius commune*

Larenz/Canaris, *Schuldrecht II.2*

Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts. Zweiter Band. Besonderer Teil. 2. Halbband*, 13^e druk, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.

Leemann, *Sachenrecht I*

Hans Leemann, *Sachenrecht. I. Abteilung. Art. 641–729*, Bern: Stämpfli & Cie 1911.

Lindenmann, 938 ZGB

Barbara Lindenmann, *Die Verantwortlichkeit des gutgläubigen Besitzers. Der Artikel 938 ZGB und dessen Anwendungsbereich* (diss. Bern), Bern: Editions Weblaw 2010.

Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Mugdan, II

B. Mugdan (red.), *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band. Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin: R. v. Decker's Verlag 1899.

Mühl, *AcP* 176

Otto Mühl, 'Vindikation und Kondiktion,' *AcP* 176 (1976), p. 396–424.

Nietlispach, *Gewinnherausgabe*

Markus Nietlispach, *Zur Gewinnherausgabe im schweizerischen Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung* (diss. Zürich), Bern: Verlag Stämpfli+ Cie AG 1994.

Oser, *Obligationenrecht*

Hugo Oser, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911*, Zürich: Schultheß & Co 1915.

Oser & Schönenberger, *Obligationenrecht*

Hugo Oser & Wilhelm Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. V. Band. Das Obligationenrecht. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911. Erster Halbband: Art. 1–183, 2^e druk*, Zürich: Schultheß & Co 1929.

Peter, *Fs. Bader*

Hans Peter, 'Vom Einfluß der deutschen Zivilrechtswissenschaft auf die Schweiz,' in: Ferdinand Elsener & W.H. Ruoff (red.), *Festschrift Karl Siegfried Bader*, Zürich: Verlag Schulthess & Co AG/Köln & Graz: Böhlau-Verlag 1965, p. 321–42.

Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*

Zie 3. *Ius commune*

Reber & Hurni, *Materialien* II; III

Markus Reber & Christoph Hurni (red.), *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Materialien zum Zivilgesetzbuch. Band II. Die Erläuterungen von Eugen Huber: Text des Vorentwurfs von 1900; Band III. Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903, redigierter Vorentwurf von 1903, Botschaft und Entwurf des Bundesrats von 1904*, Bern: Stämpfli Verlag AG 2007; 2013.

Reuter & Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung* II

Dieter Reuter & Michael Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung 2. Teilband*, 2^e druk, Tübingen: Mohr Siebeck 2016.

Savigny, *System* III; V

Zie 1. Inleiding, en 2. Roms recht

Savigny, *Obligationenrecht* II

Friedrich Carl von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts* II, Berlin: Veit und Comp 1853.

Savigny/Rudorff, *Das Recht des Besitzes*

Friedrich Carl von Savigny/Adolf Friedrich Rudorff, 7^e druk, *Das Recht des Besitzes. Eine civilistische Abhandlung*, Wenen: Carl Gerold's Sohn 1865.

Schäfer, *Bereicherungsrecht*

Frank L. Schäfer, *Das Bereicherungsrecht in Europa. Einheits- und Trennungslehren im gemeinen, deutschen und englischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 2001.

Schlechtriem, *Restitution* I; II

Peter Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa. Eine rechtsvergleichende Darstellung. Band 1; Band 2*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000; 2001.

Schmitt, *Subsidiarität*

Zie 1. Inleiding, en 2. Roms recht

Schneider & Fick, *Obligationenrecht*

Albert Schneider & Heinrich Fick/Friedrich Fick & Alfred von Morlot, *Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911. Titel 1–22 mit leicht faßlichen Erläuterungen*, 4^e druk, Zürich: Schultheß & Co 1915.

Schwenzer, *Obligationenrecht*

Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 6^e druk, Bern: Stämpfli Verlag 2012.

Staudinger/Lorenz, *Ungerechtfertigte Bereicherung*

Stephan Lorenz, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. §§ 812–822 (Ungerechtfertigte Bereicherung)*, Berlin: Sellier, De Gruyter 2007.

Strohal, LZ 3

Emil Strohal, 'Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch,' *Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht* 3 (1909), k. 610–615.

Von Tuhr, ZSR 40

Andreas von Tuhr, 'Eigentumsübertragung nach schweizerischem Rechte,' *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 62/Neue Folge 40 (1921), p. 40–74.

Von Tuhr, I

Andreas von Tuhr, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. I. Halbband*, Tübingen: Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1924.

Von Tuhr/Sieewart, I

Andreas Von Tuhr/Alfred Sieewart, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Erster Halbband. Wesen und Inhalt der Obligation. Entstehung aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung*, 2^e druk, Zürich: Polygraphischer Verlag AG 1942.

Von Tuhr/Peter, I

Andreas Von Tuhr/Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Erster Band*, 3^e druk, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1979.

Waltjen, AcP 175

Dagmar Waltjen, 'Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung,' *AcP* 175 (1975), p. 109–42.

Weiss & Wolfer, *Sammlung III*

Gottfried Weiss & Ernst Wolfer, *Sammlung eidgenössischer und kantonaler Entscheidungen zum schweizerischen Zivilgesetzbuch und Obligationenrecht sowie zu den zugehörigen Nebengesetzen, Verordnungen und internationalen Übereinkünften umfassend den Zeitraum 1922–1937. Band III. Sachenrecht, Anwendungs- und Einführungsbestimmungen*, Zürich: Schultheß & Co. A.-G. 1951.

Wenner, *Bereicherung*

Martin A. Wenner, *Die Voraussetzungen des Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Subsidiarität. Erkenntnis-kritische Würdigung im Rahmen der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung* (diss. Zürich), Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1977.

Wieland, *Sachenrecht*

Carl Wieland, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, Zürich: Schultheß 1909.

Windscheid/Kipp, I

Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band*, 9^e druk, Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Loening 1906.

Wittmann, *Bereicherung*

Johnny G. Wittmann, *Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung im schweizerischen und französischen Recht* (diss. Zürich), Affoltern am Albis: J. Weiss 1943.

Von Wyss, *Motive*

Von Wyss, *Motive zu der auf Grund der Commissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte*, Bern: R.F. Haller-Goldschach 1877.

Zimmermann, *The Law of Obligations*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Zimmermann, *RLR 2*

Reinhard Zimmermann & Jacques du Plessis, 'Basic Features of the German Law of Enrichment,' *RLR 2* (1994), p. 14–43.

Zwalve, *GEPR*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

5. Frans en Nederlands recht

Arabeyre et al., *Dictionnaire*

Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin & Jacques Krynen (red.), *Dictionnaire historique des juristes français. (XII^e–XX^e siècle)*, 2^e druk, Parijs: Quadriga/PUF 2015.

Asser, *Nederlandsch Burgerlijk Wetboek*

Carel Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek, vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's-Gravenhage/Amsterdam: De Gebroeders Van Cleef 1838.

Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV

S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo, m.m.v. H.D. Ploeger, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. IV. Algemeen goederenrecht*, 16^e druk, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Bartels & Van Velten, 5

S.E. Bartels, & A.A. van Velten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 5. Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten*, 16^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Asser/Hartkamp, III

Arthur S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Deel III. De verbintenis uit de wet volgens het nieuwe Burgerlijk Wetboek*, 7^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV

Arthur S. Hartkamp & Carla H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissen. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, 14^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Asser/Rutten, 3-II¹

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Tweede stuk. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet. Tweede gedeelte (slot)*, 1^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1954.

Asser/Rutten, 3-II³

L.E.H. Rutten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Derde deel. Verbintenissenrecht. Tweede stuk. De overeenkomst en de verbintenis uit de wet*, 3^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1968.

Asser/Scholten, II

Paul Scholten, m.m.v. G.J. Scholten, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Tweede deel. Zakenrecht*, 8^e druk, Zwolle: N.V. Uitgevers-Maatschappij W.E.J. Tjeenk Willink 1945.

Aubry & Rau, VI⁴; VI⁵; VI⁷

Charles Aubry & Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Tome sixième*, 4^e druk, Parijs: Librairie Générale de Jurisprudence 1873; 5^e druk (bewerkt door Étienne Martin), Parijs: Librairie Générale de Jurisprudence 1920; 7^e druk (bewerkt door André Ponsard & Noël Dejean de la Batie), Parijs: Librairies techniques 1975.

Bartels, *Titel*

Steven Erik Bartels, *De titel van overdracht in driepartijenverhoudingen* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004.

Baudry-Lacantinerie & Barde, IV

Gabriel Baudry-Lacantinerie & Louis-Joseph Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil. Des obligations. Tome quatrième*, 3^e druk, Parijs: L. Larose & L. Tenin 1908.

Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*

Anita Maria Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking* (diss. Leiden), Assen: Van Gorcum & Comp. N.V.-Dr. H. J. Prakke & H. M. G. Prakke 1971.

Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld*

B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op giraal geld. Enkele beschouwingen over geld, vermogensovergang en verhaalsregulering in de context van het girale betalingsverkeer* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2009.

Bloembergen, *RMTh* 1972

A.R. Bloembergen, 'G. Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar Nederlands recht*' (boekbespreking), *RMTh* 131 (1972), p. 58–65.

Boukema, *Samenloop*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*

Marcel Henri Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Paris 1927.

Bregstein, *WPNR* 4043–46

Marcel Henri Bregstein, 'Ongegronde vermogensvermeerdering,' *WPNR* 4043 (1948), p. 239–42, 4044, p. 247–50, 4045, p. 255–58, 4046, p. 263–66.

Bregstein, *WPNR* 4300

Marcel Henri Bregstein, 'Het nieuwe B.W. Ongegronde verrijking,' *WPNR* 4300 (1953), p. 293–97.

Brunner, *Samenloop*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Bussy, *Enrichissement*

Zie 4. Duits en Zwitsers recht

Coing, *SZ* 80

Helmut Coing, 'Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung bei Accursius,' *SZ* 80 (1963), p. 396–99.

Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking*

Stijn Reinold Damminga, *Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling als bronnen van verbintenissen* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Demogue, *Traité des obligations* I-III

René Demogue, *Traité des obligations en général* I. *Sources des obligations (Suite)* III, Parijs: Librairie Arthur Rousseau 1923.

Demolombe, XV

Charles Demolombe, *Cours de Code civil. Tome Quinzième. Traité des engagements qui se forment sans convention*, Brussel: J. Stienon 1882.

Diephuis, VI; XI

Gerhardus Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt. Zesde deel* (2^e druk); *Elfde deel*, Groningen: J.B. Wolters 1886; 1888.

Douchy-Oudot: in *Rép civ. Dalloz*

Mélina Douchy-Oudot, 'Répétition de l'indu,' in: *Répertoire de Droit civil Dalloz*, Parijs: Dalloz 2004.

Duranton, XIII

Alexandre Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil. Tome treizième*, 4^e druk, Parijs: G. Thorel/E. Guilbert 1844.

Feenstra, AÜHFD 29

Robert Feenstra, 'Die ungerechtfertigte Bereicherung in dogmengeschichtlicher Sicht,' *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29 (1972), p. 289–305.

Feenstra, *Unjust Enrichment*

Robert Feenstra, 'Grotius' Doctrine of Unjust Enrichment as a Source of Obligation: its Origin and its Influence in Roman-Dutch Law,' in: Eltjo J.H. Schrage (red.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Berlijn: Duncker & Humblot 1995, p. 197–236.

Florijn, *Burgerlijk Wetboek*

E.O.H.P. Florijn, *Ontstaan en ontwikkeling van het nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss. Maastricht), Universitaire Pers Maastricht 1994.

Gerdes, *Derdenverrijking*

Daniel Gerdes, *Derdenverrijking* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005.

Gretton, *Unjustified Enrichment*

George Gretton, 'Proprietary issues,' in: David Johnston & Reinhard Zimmermann (red.), *Unjustified Enrichment: Key Issues in Comparative Perspective*, Cambridge University Press 2002, p. 571–87.

Hallebeek, *Unjust Enrichment*

Jan Hallebeek, 'Developments in Mediaeval Roman Law,' in: Eltjo J.H. Schrage (red.), *Unjust Enrichment. The Comparative Legal History of the Law of Restitution*, Berlijn: Duncker & Humblot 1995, p. 59–120.

Hallebeek, *RLR* 10

Jan Hallebeek, 'Unjust Enrichment as a Source of Obligation: The Genesis of a Legal Concept in the European *Ius Commune*,' *RLR* 10 (2002), p. 92–99.

Hamaker, *Onverschuldigde betaling*

Gerard Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar Nederlands recht* (diss. Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 1971.

Hartkamp, *WPNR* 6440–41

Arthur S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking naast overeenkomst en onrechtmatige daad,' *WPNR* 6440 (2001), p. 311–18, 6441, p. 327–34.

Hofmann, *Zakenrecht*

L.C. Hofmann, *Het Nederlandsch zakenrecht*, Groningen: J.B. Wolters 1944.

Hofmann/Drion & Wiersma, II

L.C. Hofmann/H. Drion & K. Wiersma, *Het Nederlands verbintenissenrecht. De algemene leer der verbintenissen. Tweede gedeelte (artt. 1388–1492 B.W.)*, 8^e druk, Groningen: J.B. Wolters 1959.

Jansen, SZ 120

Nils Jansen, 'Die Korrektur grundloser Vermögensverschiebungen als Restitution. Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung,' SZ 120 (2003), p. 106–62.

Jansen, RMTh 2018

Jelle E. Jansen, 'Schadevergoeding uit onrechtmatige daad na verkrijging door artikel 3:105 BW,' RMTh 179 (2018), p. 3–11.

Jonkers, *Onwettigheid*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Koolhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht*

Rosalie Koolhoven, *Niederländisches Bereicherungsrecht* (diss. Osnabrück), Göttingen: V&R Unipress/Bonn University Press 2011.

Land, IV

N.K.F. Land/W.H. de Savornin Lohman, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek. Vierde Deel. Boek III, Titel 1–4*, 2^e druk, Haarlem: De erven F. Bohn 1907.

Larombière, VII

M.L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du Code civil. Tome septième. Articles 1349 à 1386*, Parijs: A. Durand et Pedone Lauriel/G. Pedone-Lauriel 1885.

Linssen, *Voordeelsafgifte*

J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking. Een rechtsvergelijkende beschouwing* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001.

Lokin, *Diephuis & Opzoomer*

Jan H.A. Lokin, 'De taak van de rechtswetenschap volgens Diephuis en Opzoomer,' in: *Jubileumuitgave Groninger Opmerkingen en Mededelingen. G. Diephuis. C.W. Opzoomer. 1892–1992*, Groningen: Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1992, p. 25–43.

Marcadé, IV

Victor-Napoléon Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français ou explication théorique et pratique du code civil. Tome quatrième*, 4^e druk, Parijs: Librairie de jurisprudence de Cotillon 1850.

Mazeaud & Chabas, II-1; II-2

Henri & Léon Mazeaud, Jean Mazeaud & François Chabas, *Leçons de droit civil. Tome II. Premier volume. Obligations. Théorie générale; Tome II. Deuxième volume. Biens. Droit de propriété et ses démembrements*, 9^e druk; 8^e druk, Parijs: Montchrestien 1998; 1994.

Meijers, WPNR 2452–56

Eduard Maurits Meijers, 'Levering en rechtstitel,' WPNR 2452–56 (1916–17); opgenomen: in *VPO II*, p. 80–104.

Meijers, WPNR 2513

Eduard Maurits Meijers, 'Noot onder HR 17 april 1917,' WPNR 2513 (1918), p. 96–100.

Meijers, WPNR 2535

Eduard Maurits Meijers, 'J.C.J. Waldorp, De onverschuldigde betaling en de verkrijging van eigendom' (naschrift), WPNR 2535 (1918), p. 349.

Meijers, WPNR 2853

Eduard Maurits Meijers, 'Levering en onderliggende rechtsverhouding (causa),' WPNR 2853 (1924); opgenomen in: VPO II, p. 131–37.

Meijers, WPNR 4187

Eduard Maurits Meijers, 'Het arrest van de Hoge Raad van 5 mei 1950 betreffende de eigendom van roerend goed,' WPNR 4187 (1951); opgenomen in: VPO II, p. 169–177.

Meijers, VPO II

Eduard Maurits Meijers, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen. Tweede deel. Zakenrecht. Bewijsrecht en procesrecht. Internationaal procesrecht*, Universitaire Pers Leiden 1955.

Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*

Hans Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, 8^e druk, Deventer: Kluwer 2006.

Opzoomer, VI

C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijke Wetboek verklaard. Zesde deel. Art. 1349–1416*, Amsterdam: J.H. Gebhard & Comp. 1891.

Van Oven, *Praeadvies*

Julius Christiaan van Oven, *Praeadvies over causa en levering*, Den Haag: Belinfante 1924.

Van Oven, WPNR 3328–32

Julius Christiaan van Oven, 'De condictio ob turpem causam in het Nederlandsche recht,' WPNR 3328 (1933), p. 427–29, 3329, p. 435–38, 3330, p. 443–45, 3331, p. 451–53, 3332, p. 463–66.

Van Oven, NJB 15

Julius Christiaan van Oven, 'De nieuwe rechtspraak over causa en levering,' *Nederlands Juristenblad* 15 (1940), p. 437–43, 453–59.

Van Oven, WPNR 4672–74

Julius Christiaan van Oven, 'De verbintenis uit baattrkking,' WPNR 4672 (1961), p. 165–68, 4673, p. 177–80, 4674, p. 189–93.

De Page, III

Henri De Page, *Traité élémentaire de droit civil Belge. Principes – Doctrine – Jurisprudence. Tome troisième. Les obligations (Seconde partie)*, 3^e druk, Brussel: Émile Bruylant 1967.

Pekelharing, *Terugvordering*

Cornelis Johannes Pekelharing, *Terugvordering van vermogensvermeerdering zonder oorzaak* (diss. Utrecht), Utrecht: Van Boekhoven 1897.

PG Boek 3; Boek 6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof (red.), *Parlementaire geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen; Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

De Pinto, II¹

Abraham de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek. Tweede Gedeelte. Aanteekeningen. Tweede stuk*, Den Haag: Belinfante 1838.

De Pinto/Teixeira de Mattos, II⁶

Abraham de Pinto/Abraham Teixeira de Mattos, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek. Tweede Gedeelte. Aanteekeningen*, 6^e druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1885.

Pitlo, *Verbintenissenrecht*

A. Pitlo, *Het verbintenissenrecht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V. 1964.

Planiol & Ripert, VII

Marcel Planiol & Georges Ripert/Paul Esmein, Jean Radouant & Gabriel Gabolde, *Traité Pratique de droit civil Français. Tome VII. Obligations. Deuxième partie*, Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias 1954.

Polak/Pannevis, *Insolventierecht*

Nico Jacob Polak/Marinus Pannevis, *Insolventierecht*, 14^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*

Zie 3. *Ius commune*

Ripert & Boulanger, II

Georges Ripert & Jean Boulanger, *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol. Tome II. Obligations: contrat – responsabilité. Droits réels: biens – propriété*, Parijs: Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1957.

Salomons, 2014 tot 1950

A.F. Salomons, 2014 tot 1950 (diss. Universiteit van Amsterdam), Amsterdam 1997.

Scheltema, *Onverschuldigde betaling*

Martijn Willem Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997.

Schoordijk, *Verbintenissenrecht*

H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1979.

Schrage, *Verbintenissen uit andere bron*

Eltjo J.H. Schrage, *Verbintenissen uit andere bron dan onrechtmatige daad of overeenkomst* (Monografieën BW B53), 3^e druk, Deventer: Kluwer 2017.

Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*

Carel E. Smith, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Nijmegen: Ars Aequi 2004.

Snijders, *Speculum Langemeijer*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Suijling, *Themis* 76

Johannes Philippus Suijling, 'G. Scholten, Wanprestatie als ontbindende voorwaarde bij wederkerige overeenkomsten' (boekbespreking), *Themis* 76 (1915), p. 618–34.

Suijling, V

Johannes Philippus Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Vijfde stuk. Zakenrecht*, Haarlem: De erven F. Bohn N.V. 1940.

Sütő, *Nieuw Vermogensrecht*

Viola J. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking. Reconstructie van een wetgevingsproces (1947–1961)* (diss. Leiden), Boom Juridische uitgevers 2004.

Terré & Simler, *Les biens*

François Terré & Philippe Simler, *Droit civil. Les biens*, 9^e druk, Parijs: Dalloz 2014.

Toullier, XI

Charles-Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code, ouvrage dans lequel on a taché de réunir la théorie à la pratique. Tome onzième*, 6^e druk, Brussel: Aug. Wahlen et comp 1824.

Von Tuhr/Sieggwart, I; Von Tuhr/Peter, I

Zie 4. Duits en Zwitsers recht

Verhagen, RLR 12

H.L.E. Verhagen, 'Absence of basis and unjustified enrichment in Dutch law. The *condictio indebiti* as an enrichment action,' RLR 12 (2004), p. 132–50.

Van Vliet, *Transfer of movables*

Lars Peter Wunibald van Vliet, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law* (diss. Maastricht), Nijmegen: Ars Aequi 2000.

Völlmar, III

H.F.A. Völlmar, *Nederlands burgerlijk recht. Handleiding voor studie en praktijk. Derde deel: Verbintenissen- en bewijsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952.

Voorduyn, V

Justinus Cornelis Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal uit oorspronkelijke, grotendeels onuitgegeven staatsstukken opgemaakt en aan den Koning opgedragen. V. Deel. Burgerlijk wetboek. Art. 1269–2030*, Utrecht: Robert Natan 1838.

Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970.

Vriesendorp, RMTh 1984

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Waldorp, WPNR 2535

J.C.J. Waldorp, 'De onverschuldigde betaling en de verkrijging van eigendom,' WPNR 2535 (1918), p. 347–48.

Wessels, *Insolventierecht II*

Bob Wessels, *Wessels Insolventierecht. Deel II. Gevolgen van de faillietverklaring (1)*, 4^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Wissink, *Preadvies*

M.H. Wissink, 'De emancipatie van artikel 6:212 BW. Enige beschouwingen over plaats en taak van ongerechtvaardigde verrijking,' in: W.H. van Boom & M.H. Wissink, *Aspecten van ongerechtvaardigde verrijking. Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Kluwer 2002, p. 1–70.

Wttewaall, WPNR 2482

G. Wttewaall, 'De Hooge Raad twee keer in de knel,' WPNR 2482 (1917), p. 341–44.

Zachariæ/Aubry & Rau, II²

C.S. Zachariæ/Aubry & Rau, *Cours de droit civil français. Tome second*, 2^e druk, Brussel: Meline, cans et comp. 1850.

Zachariä II²; II³; II⁴; Zachariä/Anschütz II⁵; Zachariä/Anschütz III⁵

Karl Salomo Zachariä, *Handbuch des Französischen Civilrechts. Zweyter Band*, 2^e druk, Heidelberg: Mohr und Zimmer 1811; 3^e druk, Heidelberg: J.C.B. Mohr 1827; 4^e druk, Heidelberg: J.C.B. Mohr 1837; *Zweiter Band/Dritter Band*, 5^e druk (bewerkt door August Anschütz), Heidelberg: Ernst Mohr 1853.

Zimmermann, *Obligations*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Zimmermann, OJLS 15

Reinhard Zimmermann, 'Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach,' *Oxford Journal of Legal Studies* 15-3 (1995), p. 403–29.

Zwalve, WPNR 6365

Willem J. Zwalve, 'HR 21 mei 1999 ('Bahceci'), RvdW Nr 79C. (De Hoge Raad doet een eenvoudige uitspraak in een eenvoudige zaak),' WPNR 6365 (1999), p. 547–48.

Zwalve, *Diephuis & Opzoomer*

Willem J. Zwalve, 'Over oorzaak en titel bij Diephuis en Opzoomer,' in: *Jubileumuitgave Groninger Opmerkingen en Mededelingen. G. Diephuis. C.W. Opzoomer. 1892–1992*, Groningen: Het Groningsch Rechtshistorisch Fonds 1992.

Zwalve, *GrOM* 13

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Zwalve, *GEPR*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Zwalve, *Qui solvit alii*

Zie 1. Inleiding, en 2. Romeins recht

Zwalve, *VrA* 6

Willem J. Zwalve, 'Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kenmerkend onuitroeibaar misverstand,' *Vermogensrechtelijke Analyses* 6 (2009), p. 3–11.

Zweigert & Kötz, *Rechtsvergleichung*

Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e druk, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1996.

Bronnenregister

Op de vetgedrukte paginanummers wordt de aangehaalde tekst volledig geciteerd. Verwezen wordt naar de paginanummers en de nummers van de relevante voetnoten.

LITERAIRE BRONNEN

Cicero, *De officiis*, 3,58-60 | 16⁴⁴
Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, 4,10 | 16⁴¹
Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, 4,11 | 16^{40, 41}
Cicero, *Pro Q. Roscio comoedo*, 5,14 | 16⁴⁵, 28
Gellius, *Noctes Atticae*, 11,18,13 | 82³⁹⁶
Quintilianus, *Declamationes minores*, 266 | 43²¹⁰
Quintilianus, *Institutio oratoria*, 7,6,4 | 43²¹⁰

PRE-JUSTINIAANSE BRONNEN

Instituten van Gaius

2,45 | 33¹⁴⁸
2,50 | 89⁴⁴⁴
2,79 | 33¹⁴⁷, 105⁴¹
2,82 | 20⁷², 22^{86, 87}
3,21 | 18⁵⁴
3,88 | 49²³⁹
3,89 | 18⁵⁵
3,90 | 17⁴⁷, 81³⁹⁴
3,91 | 17⁴⁸, 86⁴²⁰, 170¹⁰, 185⁸⁴, 196¹⁴³
3,128 | 18⁵⁴
3,135 | 18⁵⁶
3,137 | 18⁵⁶
3,180 | 44²¹⁵
3,181 | 44²¹⁶
4,2 | 14²⁷, 23¹⁰⁰
4,3 | 14²⁸, 23¹⁰⁰
4,4 | 20⁷³, 23, 24¹⁰¹, 27¹¹⁵, 29, 157⁹¹
4,5 | 14^{29, 30}
4,6 | 31¹³⁴
4,8 | 31¹³⁵, 46²²⁶
4,13 | 12¹⁹
4,17a | 11¹¹
4,17b | 11^{9, 14}
4,18 | 11¹⁵, 12¹⁶, 15³⁷
4,19 | 11¹³
4,33 | 12¹⁷, 15³⁷

4,41 | 10⁵, 13²¹, 15³⁴, 21⁸²
4,48 | 25¹⁰⁴
4,50 | 13²¹
4,53 | 16⁴¹
4,78 | 68³²⁴
4,92 | 10⁵, 40¹⁸⁴
4,104 | 44²¹⁴
4,106 | 44²¹⁹
4,107 | 44^{216, 219}, 50²⁴⁴, 62³⁰²
4,112 | 33¹⁵⁰
4,119 | 16⁴²
4,163 | 60²⁹³
4,173 | 59²⁸⁸

CURPUS IURIS CIVILIS

Constituties

const. ‘Deo auctore’
7 | 8³⁰
9 | 8³⁰

const. ‘Tanta’
10 | 8^{29, 30}
14 | 8³⁰
15 | 97²

Digesten

3,5,2 | 53²⁵⁵
3,5,5,11 | 52²⁵⁴
6,1,13 | 62³⁰¹
6,1,20 | 36¹⁷⁰
6,1,36,1 | 35¹⁶⁰
6,1,46 | 63^{305–306}
6,1,63 | 74³⁵³
6,1,68 | 61²⁹⁸
6,2,7,1 | 63^{307, 309}
7,5,2 *pr.* | 26¹⁰⁹
7,5,2,1 | 26¹⁰⁸
7,5,5,1 | 26^{107, 110}
7,9,1 | 26¹¹¹
7,9,7 *pr.* | 26¹¹²
7,9,12 | 25¹⁰⁶, 26, 77, 83, 87, 99, 104–105, 113, 122, 126, 134, 141, 154, 158
9,2,2 *pr.* | 38¹⁷⁶
9,2,11 | 35¹⁶²
9,2,27,5 | 35¹⁶¹
10,4,1 | 33¹⁴⁹
11,3,11,2 | 32¹⁴¹
12,1 (titel) | 12¹⁸, 78³⁷³
12,1,1,1 | 79³⁷⁶
12,1,4,1 | 59²⁸³, 76–81, 105–107, 123, 128–29, 133–34
12,1,4,2 | 76, 78³⁷², 105
12,1,6 | 20⁷⁵, 103
12,1,9 *pr.* | 20⁷⁴, 102–103, 124–25, 127–28

- 12,1,9,1 | 51²⁴⁸
 12,1,11,2 | 22⁸⁹
 12,1,12 | 22⁹¹
 12,1,13 *pr.* | 22⁹²
 12,1,18 *pr.* | 41¹⁹⁴, 86–7, 135, 204
 12,1,19,1 | 20⁷¹, 22, 69³³¹
 12,1,23 | 23⁹⁵
 12,1,24 | 18⁵³
 12,2,13,2 | 33¹⁵¹
 12,3,8 | 61²⁹⁷
 12,4 (titel) | 19⁶⁰
 12,4,15 | 32¹⁴⁴, 131, 137
 12,5 (titel) | 19⁶¹
 12,6 (titel) | 19⁶²
 12,6,1 *pr.* | 84
 12,6,1,1 | 84
 12,6,7 | 23⁹⁹
 12,6,14 | 46²²⁹
 12,6,15 *pr.* | 91⁴⁵¹
 12,6,15,1 | 30¹³⁰, 74³⁵⁵, 88–94, 98⁹, 102²³, 105, 109⁵⁷, 110, 123, 132–33, 137, 155, 163, 208, 220, 231, 248–49, 255
 12,6,22 *pr.* | 124–25
 12,6,26,4 | 88
 12,6,26,12 | 191¹¹⁸
 12,6,29 | 22, 73³⁵¹, 87⁴²⁹
 12,6,33 | 110, 157⁹³, 173²⁷
 12,6,53 | 22⁸⁹
 12,6,65,9 | 52, 185⁸⁵
 12,6,66 | 46²³¹
 12,7 (titel) | 19⁶³
 12,7,1 *pr.* | 115⁸³
 12,7,1,3 | 69³³¹
 12,7,2 | 66³¹⁵, 93⁴⁶⁴, 193¹²⁷, 244³⁶⁸
 12,7,3 | 21⁷⁸
 13,1 (titel) | 19⁶⁴
 13,1,1 | 18⁵⁷, 41, 56²⁷⁰, 83, 104, 120
 13,1,3 | 36
 13,1,4 | 69
 13,1,5 | 33¹⁵¹
 13,1,7 *pr.* | 31–32, 56²⁶⁷
 13,1,7,1 | 31–32, 46²²⁶
 13,1,7,2 | 32¹⁴⁴, 33¹⁵¹, 42²⁰²
 13,1,8,1 | 32¹⁴⁵, 35¹⁶⁵, 37, 39¹⁸¹, 245³⁷⁵
 13,1,9 | 33¹⁵², 69³³¹
 13,1,10,2 | 42²⁰⁴, 63³⁰⁴
 13,1,12 *pr.* | 42²⁰²
 13,1,12,2 | 42²⁰¹, 131¹⁴¹
 13,1,15 | 69³²⁹
 13,1,16 | 77³⁶³, 78³⁷⁴
 13,1,18 | 7²³, 51²⁵⁰, 55–57, 71³³⁶, 83⁴⁰⁶, 84⁴¹³, 108⁵⁰, 171¹⁵
 13,1,20 | 28¹²¹, 32¹⁴⁴, 35¹⁶⁵, 42²⁰²
 13,2 (titel) | 19⁶⁵
 13,3 (titel) | 19⁶⁶
 13,3,1 *pr.* | 12¹⁸, 13²², 20⁷⁵, 102²⁸, 111–13, 126¹²⁴, 129
 13,3,1,1 | 27¹¹³, 105, 107⁴⁸, 110–12, 127¹²⁷, 130–34, 136
 13,3,2 | 82, 83, 105–12, 134

13,3,3 | 34¹⁵⁷, 35¹⁶⁴, 37
13,3,4 | 35¹⁵⁹
13,6,1,1 | 19⁶⁷
13,6,3,2 | 34¹⁵⁷
13,6,14 | 78
13,6,16 | 120, 121¹⁰⁷
16,3 (titel) | 78³⁷³
16,3,13,1 | 78³⁶⁷
18,1,29 | 68–70
18,1,35,4 | 74³⁵³
19,1,11,6 | 80³⁸⁵
19,1,30 *pr.* | 68³²², 69³³¹
21,2,3 | 68³²²
22,3,2 | 40¹⁸⁵
22,6,9 *pr.* | 73³⁴⁵
24,1,1 | 72³⁴⁰
24,1,3,10 | 72³⁴¹
24,1,5,18 | 73, 221²⁵⁹
24,1,39 | 72³⁴³
24,3,49,1 | 81³⁸⁹
25,2,1 | 73³⁴⁷
25,2,8,1 | 58²⁸²
25,2,22 *pr.* | 63^{307, 309}
25,2,24 | 73³⁴⁹, 87⁴³³
25,2,25 | 73³⁴⁸
27,3,3 | 55²⁶⁴
39,2,9,1 | 76³⁵⁹
39,2,9,2 | 60²⁹³
39,5,1 | 125¹²², 128, 135
39,6,13 *pr.* | 91, 155⁸³
39,6,29 | 135¹⁵²
41,1,10,1 | 36¹⁶⁹
41,1,31 *pr.* | 85, 99¹², 100, 135¹⁵³, 189¹⁰³
41,1,36 | 86⁴²⁵, 181⁶⁶
41,3,1 | 41¹⁹²
41,3,4,6 | 33¹⁴⁸
41,3,4,13 | 63³⁰⁸
41,3,38 | 82³⁹⁶
41,4,1 | 63³⁰⁹
41,4,2,21 | 63³⁰⁹
42,1,4,7 | 84⁴⁰⁹
44,2,12 | 45²²⁰
44,2,14 *pr.* | 45²²⁰
44,2,14,2 | 47–48
44,2,27 | 45²²¹
44,2,31 | 45, 46²²⁷
44,7,1 *pr.* | 18⁵⁰
44,7,1,2 | 17⁴⁷
44,7,5,1 | 18⁵⁰
44,7,5,3 | 17⁴⁸, 169⁶
44,7,25 *pr.* | 14³², 15³⁵
44,7,25,1 | 49²⁴⁰
44,7,34,1 | 49–50, 57, 80³⁸⁵
44,7,53 *pr.* | 492⁴¹
45,1,28 | 89⁴⁴³
45,1,74 | 20⁷⁵

45,1,75,4 | 21⁷⁷
 45,1,75,10 | **19**
 45,1,82,1 | 32¹⁴⁶, 124
 46,3,33,1 | 35¹⁶³
 46,3,38,1 | 65³¹³, **70–77**, 93⁴⁶⁵
 46,3,78 | 23⁹⁷
 47,1,1 *pr.* | 33¹⁵¹
 47,1,1,2 | 69³²⁶
 47,1,2,1 | 38¹⁷⁸
 47,1,2,3 | **38–39**
 47,2,1,2 | **78**³⁶⁸
 47,2,9 *pr.* | **58**
 47,2,9,1 | 8, 29, 46²²⁷, 55²⁶⁵, **57–67**, 75, 93⁴⁶¹, 202¹⁶⁷, 243³⁶², 246
 47,2,14,16 | 41¹⁹⁹
 47,2,25 *pr.* | **82**
 47,2,25,1 | 81, **82–83**, 109⁶¹
 47,2,43 *pr.* | **52**²⁵², 140
 47,2,50 *pr.* | 59²⁸⁸
 47,2,52,7 | **77**
 47,2,52,28 | 36¹⁷⁰, **38**, 59²⁸⁹, 66³¹⁸
 47,2,55(54),3 | **31**, 60²⁹², 93⁴⁶², 243³⁶³
 47,2,68(67) *pr.* | 123
 47,2,68(67),5 | 78³⁷², 106
 47,2,81(80),5 | 50, **51–53**, 57, 85⁴¹⁴
 47,2,81(80),7 | 52²⁵², **53–57**, 72³³⁷, 85⁴¹⁵
 47,2,85(84) | 28¹²⁴, 63³⁰⁸
 50,16,175 | 15³⁸
 50,16,176 | 84⁴⁰⁹
 50,16,189 | 15³⁸
 50,16,193 | 20⁷⁶
 50,16,218 | 15³⁸
 50,17,11 | **42**²⁰⁶
 50,17,167 *pr.* | **20**
 50,17,173,3 | **93**⁴⁶⁶
 50,17,185 | **32**¹⁴³
 50,17,206 | **46**²²⁹, 180⁶¹

Codex

1,14,5 | 136¹⁵⁷
 2,2 (titel) | 111–13
 2,3,20 | 136¹⁵⁷, 177⁴⁹, 179⁵⁸
 3,41,5 | 32¹⁴¹
 4,5 (titel) | 19⁶²
 4,5,1 | 16⁴¹
 4,6 (titel) | 19⁶⁰
 4,6,2 | 135¹⁵²
 4,7 (titel) | 19⁶¹
 4,8 (titel) | 19⁶⁴
 4,9 (titel) | 19⁶³
 4,44,2 | 182⁷⁰
 6,2,12 | 32¹⁴¹
 7,31,1,5 | 79³⁷⁹
 8,54(55),1 | **94**, 125^{120, 122}, 128¹²⁹, 134–35

Instituten

2,1,26 | 33, 105
 3,13,2 | 18
 3,14,1 | 17, 169, 185
 3,27,6 | 18, 185
 4,6,14 | **24**, 99, 103–5, 107–10, 113–14, 116–21, 126–27, 129, 131, 138, 158
 4,6,15 | 14
 4,6,31 | 60

ACCURSISCHE GLOSSE

Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12 | **105**, **113**–15, 122¹¹¹, 129¹³³
 Gl. ‘Res pignori’ ad D. 12,1,4,1 | **105**–109, 123¹¹⁶, 129¹³²
 Gl. ‘Certi condictio’ ad D. 12,1,9 *pr.* | 102²⁷
 Gl. ‘Certum petitur’ ad D. 12,1,9 *pr.* | **103**, 127¹²⁶, 128¹³¹
 Gl. ‘Ut vel’ ad D. 12,6,15,1 | **110**–11
 Gl. ‘Soli domino’ ad D. 13,1,1 | 104
 Gl. ‘Qui certam’ ad D. 13,3,1 *pr.* | 102²⁸
 Gl. ‘Rem autem suam’ ad D. 13,3,1,1 | **111**, 127¹²⁷, 129¹³⁵
 Gl. ‘Iusta causa’ ad D. 41,1,31 *pr.* | 99, **100**, 101–102, 115, 135, 136¹⁵⁶, 139–42, 145, 181, 204¹⁸³,
 209²¹², 206¹⁹¹, 219–22
 Gl. ‘Acquiruntur’ ad I. 2,1,40 | 100¹⁷
 Gl. ‘In rem actio’ ad I. 4,6,14 | **105**³⁸, **110**, **114**
 Gl. ‘Oportet’ ad I. 4,6,14 | **103**³¹, 109⁵⁵
 Gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14 | **104**³², **108**, 110⁶², 117

WETTEN

Duitsland

Bürgerliches Gesetzbuch

100 | 167¹³⁴
 812 I | **161**, 165, 175³⁸
 817 I | 161
 818 I | 167¹³⁶
 985 | 165
 987 | 167¹³⁵

Zwitserland

Obligationenrecht 1881

10 | **143**²¹
 70 | **144**²⁵, 150⁵⁹
 71 | 144²⁶
 72 | 144²⁷
 73 | 150⁶⁰
 75 | 144²⁸
 199 | 143²², 149⁵⁸
 628 | 143²⁴
 670 | 143²⁴

Obligationenrecht 1912

62, lid 1 | **144**²⁵, 148–49, 152, 164, 174³⁵
62, lid 2 | **144**²⁶
63, lid 1 | **144**²⁷, 146–47
64 | 150⁶⁰
66 | **144**²⁸

Zivilgesetzbuch

671, lid 1 | **146**³⁸
714, lid 1 | **145**³¹
714, lid 2 | **146**³⁹
930 | 252⁴⁰⁵
938 | 164¹²²
939 | 164¹²³
974, lid 2 | **145**³²

Frankrijk

Code Civil

711 | **184**, 189¹⁰³, 206
1109 (oud), 1130 | 189¹⁰⁶
1131 (oud), 1169 | 189¹⁰⁶
1138 (oud), 1196 | **184**⁷⁵
1141 (oud), 1198 | 190¹¹¹
1235 (oud), 1302 | 169³, 172²⁴, 185, 196¹⁴⁰, 197¹⁴⁵
1301 | 172²⁴
1303 | 172²³, 174³⁵
1376 (oud), 1302-1 | 169³, 171¹⁶, 185⁸⁵, **186**
1377 (oud), 1302-2 | 169³, 170⁹, 185⁸⁵, **186**, 242³⁵⁷
1378 (oud), 1352-3 | 170³, 192¹²⁰
1380 (oud), 1352-2 | **191**, 192, 193, 198¹⁵², 154, 245³⁷⁴
1630 | 192¹²²
2279, lid 1 (oud), 2276, lid 1 | **184**⁷⁸, 187, 188⁹⁶, 190¹¹¹

België

Burgerlijk Wetboek

711 | **184**⁷⁵
1235 | 169³, **185**⁸⁰
1376 | 169³, **186**⁸⁶
1377, lid 1 | **186**⁸⁷
1380 | **191**¹¹⁸
2279, lid 1 | **184**⁷⁸

Nederland

Oud Burgerlijk Wetboek

639 | **197**¹⁴⁶, 198¹⁵¹, 199¹⁶², 201, 205, 207–8
1395 | 169⁴, 170⁸, 185⁸¹, **196**, 197¹⁴⁵, 202, 204–7, 209²⁰⁹, 211–13, 216, 218, 224

1396 | **186**⁸⁶, 224²⁶⁹
 1397 | **186**⁸⁷, 224²⁶⁹, 242³⁵⁷
 1398 | 202, 224²⁶⁹
 1399 | **198**¹⁵⁴, 199, 224²⁶⁹, 245³⁷⁴
 1400 | 224²⁶⁹
 1422 | **227**²⁸⁴
 2000, lid 2 | 217²⁴⁴
 2014, lid 1 | 184⁷⁸, 199¹⁶¹, 201¹⁶⁴, 203, 219, 221, 253–54

Nieuw Burgerlijk Wetboek

3:1 | 112⁷⁴, 239³³⁷
 3:2 | 239³³⁶
 3:53 | 182⁶⁸
 3:84 | 251
 3:86 | 244³⁷¹
 3:88 | 244³⁷¹
 3:99 | 244³⁷¹, 249
 3:105 | 249³⁸⁸
 3:109, lid 1 | 253⁴⁰⁷
 3:119, lid 2 | 253^{407–8}
 3:125 | 253⁴⁰⁹
 3:277 | 241³⁵²
 3:303 | 243³⁶⁴
 3:306 | 249³⁸⁸
 3:309 | **249**³⁸⁹
 3:120, lid 1 | 250–51
 3:124 | 250
 5:2 | 2², 239
 5:29 | 251³⁹⁷
 6:3 | 249³⁹²
 6:74 | 176⁴⁵, 244³⁶⁷, 245³⁷⁴
 6:78 | 245³⁷⁴
 6:84 | 245³⁷⁵
 6:198 | 172²⁴
 6:203 | 2³, 169⁴, 172²⁴, 176⁴⁵, **222**
 6:204, lid 1 | 245^{373–74}, 246
 6:205 | 245³⁷⁶
 6:206 | 235³¹⁴, **250**–51
 6:208 | 171¹⁷
 6:210, lid 2 | 212²²⁵
 6:269 | 182⁶⁸
 6:212 | **172**²⁰, 223²⁶⁶, 237, 247–48, 250

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

25 | 240³⁴²
 111, lid 2, sub d | 240³⁴³

Faillissementswet

23 | 242³⁵⁸
 24 | 241³⁵³
 110 | 241³⁵¹
 180 | 241³⁵²

JURISPRUDENTIE

Duitsland

Oberappellationsgericht Wiesbaden, 2 juli 1836, *Seuffert's Archiv* 2 (1849), nr. 58 | 158
 Oberappellationsgericht München für das Königreich Bayern, 9 januari 1846, *Seuffert's Archiv* 2 (1849), nr. 57 | 158⁹⁸
 Oberappellationsgericht Darmstadt, 29 april 1853, *Seuffert's Archiv* 6 (1853), nr. 320 | 158–59
 Oberappellationsgericht Rostock, 14 april 1864, *Seuffert's Archiv* 19 (1866), nr. 152 | 159–60
 Oberste Landsgericht für Bayern, 9 april 1880, *Seuffert's Archiv* 35 (1880), nr. 294 | 160

Zwitserland

Bundesgericht 17 maart 1893 (*Laad/Erben Ulrich*), BGE 19, nr. 49, p. 300–305 | 149–51
 Bundesgericht 3 juli 1903 (*Konkursmasse der Schweizerischen Phonoskope- und Automatenwerke, A.G./Genossenschaft Panoptikum*), BGE 34 II 812 | 143–44
 Bundesgericht 29 november 1929 (*Grimm/Konkursmasse Näf*), BGE 55 II 302 | 142, 146
 Bundesgericht 7 juni 1984 (*Unverteilter Nachlass des N./S. und Erben der H.*), BGE 110 II 228 | 151–53

Frankrijk

Cour de cassation 15 juni 1892, *Recueil périodique et critique Dalloz* 1892.1.596, *Recueil général Sirey* 1893.1.281 (*Julien Patureau-Miran c. Boudier*, m.nt. J.E. Labbé) | 172

Nederland

HR 13 april 1917, NJ 1917, 534, W 10106, WPNR 2513 (1918), p. 96 (*Hermans/Pieters c.s. en Twentsche Bankvereniging*; m.nt. E.M. Meijers) | 205–206
 HR 20 april 1917, NJ 1917, 600, W 10125, WPNR 2499 (1917), p. 559–61 (*Balkema/Stegeman*; m.nt. E.M. Meijers) | 170
 HR 7 november 1935, NJ 1936, 239 (*Van de Sande/De Zeeuw*; m.nt. E.M. Meijers) | 170, 212, 215–16, 225
 HR 9 februari 1939, NJ 1939, 865 (*Woldijk/Nijman*; m.nt. E.M. Meijers) | 208
 HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1 (*Damhof/Staat*; m.nt. D.J. Veegens) | 208, 214, 253
 HR 4 december 1953, NJ 1954, 374 (*Beheersinstituut/Van Egmond*; m.nt. Ph.A.N. Houwing), AA 4 (1954–1955), p. 142–49 (m.nt. Ch.J.J.M. Petit) | 213, 214–19, 234–37
 HR 29 juni 1956, NJ 1956, 450 (*De Haan/Wijngaard*; m.nt. L.E.H. Rutten), AA 6 (1956–1957), p. 36–39 (m.nt. A. van Oven) | 216
 HR 8 maart 1957, NJ 1957, 525 (*Staat/Firemen's Insurance Company of Newark*), AA 7 (1957–1958), p. 46–48 (m.nt. J.H. Beekhuis) | 216
 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 (*Quint/te Poel*, m.nt. D.J. Veegens) | 172, 214
 HR 24 november 1967, NJ 1968, 74 (*Van der Peijl/Van der Gun*; m.nt. H. Drion) | 252–53
 HR 12 januari 1968, NJ 1968, 274 (*Mulder/Teixeira de Mattos c.s.*; m.nt. H. Drion) | 253
 HR 18 april 1969, NJ 1969, 336 (*Katwijk/Westdijk*; m.nt. G.J. Scholten) | 170
 HR 31 maart 1978, NJ 1978, 363 (*SVB/Stichting St. Jansgeleen*; m.nt. G.J. Scholten) | 212, 217–18, 236, 239
 HR 1 februari 1985, NJ 1986, 375 (*Mijstocit/IIB*; m.nt. C.J.H. Brunner) | 239
 HR 8 mei 1987, NJ 1988, 700 (*Geurts/Lijesen*; m.nt. W.M. Kleijn) | 254
 HR 26 februari 1988, NJ 1989, 488 (*Kütthe/Artz*; m.nt. W.M. Kleijn) | 253–54
 HR 17 juni 1994, NJ 1994, 671 (*Gielkens/Gielkens*) | 254
 HR 27 juni 1997, NJ 1997, 719 (*Setz/Brunings*; m.nt. Jac. Hijma) | 248
 HR 5 september 1997, NJ 1998, 437 (*Ontvanger/Hamm q.q.*; m.nt. P. van Schilfgaarde) | 241–43
 HR 8 juni 2007, NJ 2007, 419 (*Van der Werff q.q./BLG*; m.nt. P. van Schilfgaarde) | 241–42
 HR 24 februari 2017, NJ 2018, 141 (*Gemeente Heusden/M. en B.*; m.nt. H.J. Snijders) | 249

ARCHIEFSTUKKEN

Nationaal Archief

- ‘Toelichting van De Jong bij het concept van HR 4 december 1953; dossier met rolnummer 8649,’ Nationaal Archief, Den Haag, Hoge Raad der Nederlanden [periode 1940–1979], nummer toegang 2.09.65, inventarisnummer 161.
- ‘Notulen van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie tot herziening van de Nederlandse Burgerlijke Wetgeving, Honderdthintigste Vergadering, 28 april 1951,’ Nationaal Archief, Den Haag, Ministerie van Justitie, Nieuw Burgerlijk Wetboek, nummer toegang 2.09.75, inv.nr. 183.
- ‘Boek 6. Verbintenissen in het algemeen. Inhoudsopgave van stukken, opgesteld vóór het overlijden van prof. Meijers, 26 januari 1955,’ NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1150.
- ‘BW 52a’ (Door de Staatscommissie besproken ontwerptekst), Stukken betreffende Boek 6, titels 2 t/m 5, besproken in vergaderingen van de Subcommissie Burgerlijk Recht van de Staatscommissie Burgerlijke Wetgeving ter voorbereiding van het Ontwerp Meijers, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1149.
- ‘Overzicht van het in de Staatscommissie besprokene (120^e vergadering),’ 14 augustus 1956, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Notulen van de 128^e bespreking op 30 augustus 1956’ (Verslag van de bespreking van het Driemanschap), NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 241.
- ‘Notulen van de 129^e bespreking op 6 september 1956’ (Verslag van de bespreking van het Driemanschap), NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 241.
- ‘Toelichtende opmerkingen van Mevrouw Mr. E.J.A. Fischer-Keuls bij de concepten d.d. 22 november 1956 voor de tekst van de afdelingen 6.4.2 en 6.4.3 (Onverschuldigde betaling en Ongerechtvaardigde verrijking),’ NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Vragen ter bespreking met prof. Bregstein. Behoort bij de concepten d.d. 5 maart 1957 van de tekst der afdelingen 6.4.2 en 6.4.3, Onverschuldigde en ongerechtvaardigde verrijking (B.W. 52, VI en 53, IV),’ NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Notulen van de 151^e bespreking op 4 april 1957’ (Verslag van de bespreking van het Driemanschap), NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 242.
- ‘B.W. 52, VIIa, Onverschuldigde betaling, Afdeling 6.4.2, concept mevrouw Fischer,’ 18 september 1957, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Opmerkingen van het Departement over de 1e drukproef d.d. 3 december 1958 tekst en toelichting van afdeling 6.4.2, Onverschuldigde betaling,’ 31 januari 1959, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, 1228.
- ‘Notulen van de 212^e bespreking op 25 februari 1959’ (Verslag van de bespreking van het Driemanschap), NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 243.
- ‘Derde drukproef Afdeling 6.4.2, Staatscommissie dossier 52,’ 10 maart 1960, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Glossen van Mr. F.J. de Jong 19 juli 1960,’ NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Opmerkingen van Prof. Mr. J. Drion bij de derde drukproef van afdeling 6.4.2,’ 25 augustus 1960, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Aantekeningen van Prof. Mr. G. de Grooth naar aanleiding van de glossen van Mr. De Jong d.d. 19 juli 1960 bij de derde drukproef van afdeling 6.4.2,’ 26 augustus 1960, NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Vierde drukproef 6 februari 1961, afdeling 6.4.2,’ NL-HaNA, Justitie / NBW, 2.09.75, inv.nr. 1228.
- ‘Voorbereidende notities afdeling 6.4.2 en 3 van W. Snijders,’ 22 oktober 1974, NL-HaNA, Justitie / 2.09.75, inv.nr. 2319.

Trefwoordenregister

aangespoelde zaken | 76, 78, 80–81
abstract stelsel | basis in het *ius commune* 101; in Duitsland 166–67; bij Pothier 183⁷²; in Zwitserland 142–47, 150; in Nederland 197¹⁴⁹, 198–200, 203–208, 210, 215, 218²⁴⁸, 219, 221, 243
Abstraktionsprinzip | zie abstract stelsel, in Duitsland
Accursische glosse | 3, 97–116
actie uit onverschuldigde betaling | zie *condictio indebiti*
actiënrecht | 5, 239
actio | *ad exhibendum* 22⁸⁹, 32–33, 42, 64, 74, 77, 80, 137, 255; *arbitraria* 10, 55, 60–67, 75, 246–47; *bonae fidei* 15, 80; *commodati* 49–50, 57, 77³⁶³, 121–22, 124; *de in rem verso* 173, 175, 188; *depositi* 77³⁶³, 92, 125¹²⁰; *ex lege Aquilia* 35, 38–39, 62; *fiduciae* 80; *furti* 4¹¹, 24, 31–32, 41^{199–200}, 52–53, 56²⁶⁷, 59–60, 70–71, 76–79, 82; *negotiorum gestorum (contraria)* 51–55; *pigneraticia* 76–77, 103; *publiciana* 63³⁰; *rerum amotarum* 63, 73; *stricti iuris* 15–16, 34¹⁵⁷, 77
actio in personam | als synoniem van *condictio* 13–15; *causa actionis* van 48–49
actio in rem | 14²⁹; *causa actionis* van 47–48; *utilis in rem*, zie *rei vindicatio utilis*
action rescisoire | 182–83
alia res | als tegenstelling van *eadem res* 46, 50, 53, 55, 57, 60
Aquilus Gallus, C. | 16
arbitrium iudicis | 10, 60–67, 75, 246–47 zie ook *actio arbitraria*
Asser, Carel | 197
Aubry, Charles | 173²⁶, 185⁸⁵, 187, 193–94
Augustus, huwelijkswetgeving van | 72
Azo | 109, 111–13, 123¹¹⁴, 206¹⁹¹
baattrekkingsactie | zie ongerechtvaardigde verrijking
Baldus de Ubaldis | 107⁴⁸, 135–36
Barthélémy, Antoine | 196
Bartolus de Saxoferrato | 3, 98, 107⁴⁸, 126–36, 138
bemiddelende fase | zie *arbitrium iudicis*
betaling (*solutio*) | 84⁴⁰⁹, 170
bewaargeving (*depositum*) | 77–79, 89, 92–94, 124–26
bewijslast | *rei vindicatio*, Romeins recht 40–41, 48, 64, 72³⁴⁴; *condictio*, Romeins recht 41–42, 77; *rei vindicatio, ius commune* 137–38; Zwitsers recht 164–65, 252; Nederlands recht 202, 204, 222²⁶², 229, 232–35, 237–39, 251–55
bezit | bewijsrechtelijke functie 184⁷⁹, 252–54; interdict 157, 159, 253⁴⁰⁹; scheiding van eigendom 62, 64, 246; vermogenswaarde 21, 109, 155, 229; zie derde-bezitter
bis de eadem re agere non licet (ne bis in idem) | 43, 108, 156
boete | zie poenale actie
bona fide | zie *actio bonae fidei*
Bregstein, Marcel Henri | proefschrift 172–73, 175, 208–11; ontwerp NBW 224–26, 228–36
Brocard(ic)a | 109
bruidsschat (*dos*) | 48, 58, 80–81, 86, 109⁶¹
bruikleen (*commodatum*) | 49–50, 57, 78, 103, 120–21, 124–26, 128, 142, 253
Bruns, Karl Georg | 153–62, 166–67, 230
Brunsschen Prinzip | 155

- causa* | *actionis* 45–57; *credendi* 86; *dandi* 86⁴²²; *debendi* 16; *dotis* 86; *iusta* ~ zie titel; *obligationis* 49; *petendi* 46; *putativa* zie putatieve titel; *retinendi* 86⁴²²; *solvendi* 22, 86; *venditionis* 86; *vera* 100–101, 136¹⁵⁷
- causaal stelsel van eigendomsoverdracht | 101, 142, 145–47, 152, 167, 195, 199–202, 208, 214, 219–21, 248, 261–62, 264
- cautio* (zekerheidsstelling) | *boni viri arbitratu* 25¹⁰⁶, 25–26; *usufructuaria* 21, 26, 113; *remissio* van *condictio* 61–62
- certa pecunia* | 2, 11, 15
- certa res* | 2, 11, 15
- certum* | 20
- cessie | 52–53, 55–57, 72–74, 93, 150, 192, 205–206, 227²⁸⁸, 233
- Cicero, Marcus Tullius | 15, 16, 28
- clause de dessaisine-saisine | 177
- clause de précaire | 177–78
- Codex Veronensis | 11, 12¹⁷
- commentatoren | 3, 98, 116, 116–36
- commixtio* | zie vermenging
- commodatum* | zie bruikleen
- concurrentie | zie samenloop
- condemnatio pecuniaria* | 32, 61
- condicere* | 11
- condictio* | voorgeschiedenis 11; als *actio in personam* 13–15; kenmerken 15–21; abstract karakter 16; rubricering in Corpus Iuris 19; gericht op *datio* 19–20; als substituut voor *rei vindicatio* 21–23; *causa actionis* 46–57; subsidiair aan *rei vindicatio* 6, 148, 153, 156, 167–68, 193¹²⁹, 220, 227, 238, 252
- condictio causa data causa non secuta* | zie *condictio ob rem*
- condictio cautionis* | 21⁷⁹, 26¹¹⁰
- condictio certae pecuniae* | 13
- condictio certae rei* | 13
- condictio certi* | 20⁷⁴, 102–103, 119, 124–29
- condictio ex lege* | 19–20
- condictio furtiva* | 19, 173²⁶; bij Gaius 23–25; bij Ulpianus 25–27; als uitzondering 27–30; voordelen naast *rei vindicatio* 42; samenloop met *condictio indebiti* 50–57; samenloop met *rei vindicatio* 57–67; *quasi furtiva* 68; in de glosse 99, 102–109; bij Dinus 116–18; bij Révigny 119–22; bij Bartolus 129–32; bij Vinnius 138; in het Duitse recht 156–57, 160–61, 171; bij bespreking Nederlands recht 222, 243³⁶³, 255
- condictio incerti* | 21, 26, 56²⁰¹, 139¹²¹, 157
- condictio indebiti* | in het Romeinse recht 16–18, 47, 51, 54, 56, 71, 84–86; samenloop met *condictio furtiva* 50–57; samenloop met *rei vindicatio* 89; samenloop met *rei vindicatio utilis* 95; in het *ius commune* 100–102, 108, 110–11, 118, 135, 137, 139–40; in het Duitse recht 141; in het Franse recht 169–71, 173, 175⁴²; bij Pothier 179–83, 190¹⁰⁸, 191¹¹⁸, 194¹³⁵; in het OBW 196; in het NBW 211, 213, 215²³⁶, 216²³⁷, 217, 218²⁴⁸, 243
- condictio ob causam finitam* | 32¹⁴⁴, 161¹⁰⁹, 247³⁸⁰
- condictio ob rem* | 19⁶⁰, 91⁴⁵⁵, 161¹⁰⁹
- condictio ob turpem causam* | 19, 144, 161¹⁰⁹, 170
- condictio possessionis* | 21, 77³⁶⁵ van een landgoed 81–83; na onverschuldigde betaling 88, 90; in de glosse 99, 102, 109–10; bij Révigny 123; bij Bartolus 126¹²⁵, 133–34, 136; in het Duitse recht 139, 148⁴⁹, 153–61, 166–67, 175⁴¹, 230; in het Zwitserse recht 162–65, 220, 251–52; in het Nederlandse recht 208, 218
- condictio ratione dominii (proprietatis)* | 110^{63, 65}, 117⁹², 118, 121¹⁰⁶, 122, 133–34, 137¹⁶³
- condictio rei* | 106, 154
- condictio sine causa* | in het Romeinse recht 46²³⁰, 66, 75, 93–94; in de glosse 105–106, 114–15; bij Bartolus 127, 129; bij Savigny 141⁹, 154⁷⁶; in het Duitse recht 144, 158–59; bij Pothier 181⁶⁶; bij bespreking Nederlands recht 247
- condictio triticaria* | in het Romeinse recht 12¹⁸, 13²², 19⁶⁶, 27; in het *ius commune* 102, 110–13, 115, 118, 126¹²⁴, 129–30, 135–38

- condictio utilis* | 114–15
 Coninck Liefsting, Focco Bernardus | 46²²⁸
 consensueel stelsel van eigendomsoverdracht | 176–78, 182–84, 188, 199
constitutum possessorium | 177, 212
consumptio | 22–23, 179
contrectatio | zie *verduistering*
curator | 241–42
da mihi factum, dabo tibi ius | 240
dare facere praestare | 14
dare/datio | eis van de klassieke *condictio* 19–20, 23–24, 28–29, 34–35; in het *ius commune* 103, 109, 120¹⁰², 121¹⁰⁶, 125, 138; moderne *condictio* 157⁹⁰, 212, 225, 239
datio ob rem | 47, 86, 105⁴⁵⁵
degeneratio (van *condictio* tegen de dief) | 106–107, 118, 129¹³⁶
delegatio solvendi | 72
demonstratio | 16, 21
denegatio actionis | 58
depositum | zie bewaargeving
 derde-bezitter | Romeins recht 30, 33, 65–66, 75, 89, 95, Frans recht (tiers détenteur) 180–81, 183, 186–87, 193–94; Nederlands recht 198–99, 201–203, 205, 215–16, 245–50
 Dernburg, Heinrich | 141, 144, 161
 diefstal (*furtum*) | 1, 18; afkeer van dieven 24, 27, 99, 120; *condictio* ‘degenereert’ in het *ius commune* zie *degeneratio*; zie *actio furti*, *condictio furtiva*
 Diephuis, Gerhardus | 170⁹, 200–203, 208
 Dinglicher Vertrag | 142, 203¹⁷⁸
 Dinus de Mugello | 4, 107, 116–18, 122, 126, 133, 138
 Diocletianus | 21, 46¹⁴¹
dissensus in causa | 22⁹³, 86, 100, 135¹⁵³, 204¹⁸⁴
 Domat, Jean | 171, 177–81, 183–84, 189–90
donatio mortis causa (schenking ter zake des doods) | 91–92, 150⁶¹
 Donellus, Hugo | 140, 181
 Doppelnichtigkeits | 166–67, 182⁶⁸
dos, dotis promissio | zie bruidsschat
 drie-partijen-verhouding | samenloop-leerstuk 6–7; Romeins recht 65–66, 74, 92–94; Nederlands recht 244–48; zie derde-bezitter
 Driemanschap | 223–24, 228–39, 251, 254
 Drion, Huib | 213–14, 252
 Drion, Jan | als lid Staatscommissie 224, 226–28; als lid Driemanschap 228–29, 231–33, 236–38
 dwaling | zie *error*
eadem res | 43–45, 47, 50, 54–55, 57
 echtgenoten, schenking tussen | 70–76
 Edict van de praetor | 9–10, 12–13, 21, 24–25, 32, 47
 Eger, Otto | 145–47, 151
 Eggers, Jannes | als A.-G. 215, 217²⁴⁶, 218; als ontwerper NBW 224²⁷³, 228
 Eigentümer-Besitzer-Verhältnis | 165–67, 250
 enrichissement sans cause | 172–73, 186
 erfenis | slaaf als begunstigde 36–38, 59, 67
error (dwaling) | 17⁴⁸, 19⁶², 23⁹⁹, 84⁴⁰⁸, 140³, 170⁹, 182, 209²⁰⁹, 242³⁵⁴
exceptio | *doli* 16, 51–52, 58, 73, 87, 93 248; *dominii* 157; *rei iudicatae vel in iudicium deductae* 44–45, 49²⁴², 50, 62
facere | 14–15, 21, 170¹³, 212
 faillissement | 222²⁶¹, 241–43
 fictie | 12, 32, 35–36, 40¹⁹⁰, 176, 178
fiducia | 79–80
 Fischer-Keuls, Els | 230–31, 234
formula | proces *per formulam* 9; *rei vindicatio* 10; *condictio certae rei* 11; *condictio certae pecuniae* 13
fundamentum petendi | 240

- furtum* | zie *actio furti*, *condictio furtiva*, diefstal
 geld | zie munten
 glossatoren | 97–98, 114⁷⁹; post-glossatoren 126, 133¹⁴⁶, 135
 Glosse Ordinaria | zie Accursische glosse
 goede trouw | zie *actio bonae fidei*; *consumptio* 23; ontvangst na intrekken inningsbevoegdheid 71; voorwaarde voor *condictio indebiti* 84–85; bescherming tegen *rei vindicatio* / verkrijging 92, 143, 183–84, 198, 244³⁷¹, 253; aansprakelijkheid van accipiënt te goeder trouw 110, 114–115, 164, 187, 191–92, 195, 226, 250–51; betaling te goeder trouw 227²⁸⁴
 Grooth, Geert de | 228, 236, 253⁴⁰⁸
 Grotius, Hugo | 173–74, 209
 Hadrianus | 24
 historische school | 153, 203¹⁷⁸
 Huber, Eugen | 145
id quod ad eum pervenit | 69
incertum | 21, 102, 111–12, 127–29
indebitum solutum | zie onverschuldigde betaling
 insolventierisico | 53²⁵⁶, 66, 75, 246–47
intentio (eis) | zie *formula*
 interpolatie | 7–8, 14, 39, 59, 79–80, 88–89
 Irnerius | 97, 105³⁹
ius commune | 3, 97–138
ius curia novit | 240
ius iubendi | 61
iusiurandum in litem (schattingseed) | 10, 35, 39, 61, 64–65, 67
iussum de restituendo | 61–62, 64–66, 75, 94
iusta causa | zie titel
 Jong, Frits de | als raadsheer 216, 218; als lid Staatscommissie 224; als lid Driemanschap 228, 235–37
 Kemper, Joan Melchior | 197, 207–208
 Konsensprinzip | 143
 Land, Nicolaas Karel Frederik | 200–203
 landgoed (*fundus*) | 19, 76, 80–83, 88, 91–92, 109, 112, 123–25, 158–59, 182⁷⁰
Lectura | 119⁹⁶
legis actio | *per conductionem* 11; *per iudicis arbitrive postulationem* 11; *sacramento* 10⁵, 11
 Leistungskondiktion | 161–62, 165, 175
 lekenrechter (*iudex privatus*) | 9
 Lenel, Otto | 10⁴
 Leo de Wijze | 92
 leveringsvereiste | 23, 177, 182, 188–89, 195
 Levy, Ernst | 7, 47²³³
Lex Acilia repetundarum | 43
Lex Aebutia | 9
Lex Aquilia | zie *actio ex lege Aquilia*
Lex Calpurnia | 11
Lex Silia | 11
litis aestimatio | 28, 35, 61, 63, 65, 75
litis contestatio | 92, 13, 34–39, 53, 61
 Lotharius Cremonensis | 105⁴³, 106, 108–109, 112
lucrum cessans (gederfde winst) | 36; zie ook waarde
mancipatio | 50¹⁸⁹, 79³⁷⁹, 80, 85⁴¹⁷, 88⁴³⁴, 105²², 141⁹, 221²⁵⁹
 marktwaarde | zie waarde
 Martinus | 105³⁹, 107
 Meijers, Eduard Maurits | leer van 206–208, 212, 219–20; ontwerp NBW 172, 223–28;
 Memorie van antwoord | 223, 237–38, 253⁴⁰⁸
 Memorie van Toelichting | 199, 225, 237³²⁷, 238
mora perpetuat obligationem | 32¹⁴⁶

- munten (*nummi*) | Romeins goederenrecht 23, 33, 41, 52; diefstal 53, 55–57, 70–71; betaling met
 andermans munten 88–94, 109–110, 132
- mutuum* | zie verbruikleen
- natrekking | 146³⁸, 157, 173, 197¹⁴⁶, 210
- natuurrecht | 174, 177–79
- ne bis in idem* | zie *bis de eadem re agere non licet*
- negotium (contractum)* (rechtsbetrekking) | 18, 157, 173, 188
- nevenvordering | 250–51
- Nichtleistungskondiktion | 162
- nodus indissolubilis* (onontwarbare knoop) | 138
- noxa caput sequitur* | 69³²⁶
- noxae deditio* | 69–70
- nummularius* (muntmeester) | 23
- Nutzungen | 167
- obligatio* | *re* 16, 169; *verbis* zie *stipulatio*; *consensu* 18; *litteris* 16, 18; *quasi ex contractu* 18; *quasi ex maleficio* 18; *~nes ex variis causarum figuris* 18⁵⁰
- Odofredus | 97¹, 98, 110–11
- Oertmann, Paul | 79–80
- ongerechtvaardigde verrijking | in het Duitse en Zwitserse recht 162, 164, 171; in het Franse en
 Nederlandse recht 171–73; baattrekkingsactie 173–74, 212, 225; verweer uit 243, 247–48; zie
 Bregstein
- onverschuldigde betaling | zie *condictio indebiti*
- Opzoomer, Cornelis Willem | 200, 203–205
- Ors, Álvaro d' | 28–29
- Oser, Hugo | 151–52, 162
- Oud-Vaderlands recht | 173, 209²¹²
- Oven, Julius Christiaan van | 101, 170, 208, 219, 221–22, 243
- pacht | 78³⁷², 80–81, 106
- pand (*pignus*) | 42, 62, 76–80, 103, 105–107, 109, 123, 128–29, 131, 158, 160–61
- pandektisten | 153⁷³
- parate executie | 25
- passieve legitimatie | *rei vindicatio* 42, 148; *condictio* 18, 32–34
- Paulus de Castro | 90⁴⁵⁰, 136–38
- peculium* | 22, 68–69
- persoonlijke actie | zie *actio in personam*
- Petit, Ch.J.J.M. | 214, 218, 224
- petitum* | zie eis
- pignus* | zie pand
- Pika, Wolfram | 34
- Pinto, Abraham de | 198–99
- Planiol, Marcel | 173, 186–88, 192–93
- pluris petitio* | 16
- poenale actie | 24, 31–32, 37, 39, 60, 69³²⁶, 70
- possessio est res* | 113
- Pothier, Robert-Joseph | 140, 169, 171, 177–86, 188–192, 194–95, 198¹⁵², 203
- praescriptio longi temporis* | 88, 90–92, 249
- praestare* | 14–15
- praetor | 9, 11, 34¹⁵⁷, 44, 60, 64³¹¹; *denegatio actionis* 58
- preferentie | 241–43
- preferentie in faillissement | 241–43
- prescription instantanée | 184, 187, 190¹¹¹, 244³⁷¹
- pretium hereditatis* | 36, 38
- procesconsumptie | directe 43–50, 53, 56–57; indirecte 59–67
- procesformulier | zie *formula*
- procesrecht | Romeins recht 43–67; Nederlands recht 238–40
- procurator, falsus* (valse vertegenwoordiger) | 51–57, 72–73, 85

- promutuum* | 169
pronuntiatio (vonnis) | 46²²⁷, 60–61, 64
pupil (*pupillus*) | 17, 20–22
 putatieve titel | 4, 100, 102, 114–16, 135–36, 139–40, 150¹⁵⁷, 154, 156, 181, 184, 189, 197^{148–49}, 204, 209, 227
quanti ea res est/erit | 10, 13, 20, 25, 34, 36, 38
quattuor doctores | 105³⁹
ratihabitio (betrachting) | 52²⁵⁴, 56–57
regres | 52, 192–93
rei vindicatio | *formula* 10; als *actio arbitraria* 22, 68–69, 71, 73; *directa* 126, 136; *utilis* 94–95, 125–26, 134–35, 182, 184, 186, 191, 192¹²⁴, 194–95
 reïpersecutoire actie | 31–32, 57, 60, 66, 70, 93
remancipatio | zie *mancipatio*
remissio | 69–70
 Renaud, Achilles | 87
res furtiva | 33¹⁴⁸, 40, 63³⁰⁸, 64
res peculiaris | 68
 Révigny | 3, 5¹³, 98, 104, 107⁴⁶, 119–26
 Ripert, Georges | 186–87
sacramentum | 11
 samenloop | 4–7; alternatieve 5–6, 202, 244, 245³⁷²; cumulatieve 4–6, 31, 245³⁷²; zie drie-partijen-verhouding, subsidiariteit
 Savigny, Friedrich Karl von | 5, 33–34, 140–42, 153–54, 157–61, 166–68, 181, 203, 261
 schattingseed | zie *iusiurandum in litem*
 Schloßmann, Alexander | 29
 Scholten, Paul | 209
 Scholten, Ynso | 237
sedes materiae | 98–99, 126
 slaaf | levering door slaaf 22, 78³⁷⁴; object van *rei vindicatio* en *condictio* 23⁹⁵, 36¹⁶⁶, 58–59; kinderen van slaaf 32¹⁴¹; begunstigde in erfenis 37–39, 66–67; vrijlating 63³⁰⁴; diefstalige slaaf 68–70; *in rem verso* 173²⁵
 Snijders, Wouter | 237–39
solutio | zie betaling
 Staatscommissie, ontwerp OBW | 208²⁰², 223–29, 238
stipulatio | 16⁴¹, 18–20, 21⁷⁷, 89⁴⁴³, 117⁸⁸
subreptio | zie *verduistering*
 subsidiaire rechtsbron | 111, 162–70, 174, 177–79, 181–82
 subsidiariteit | 6; in Zwitserland 148–53, 160, 163–68, 220, 252⁴⁰³; in Frankrijk 193¹²⁹, 227, 238; van verrijksactie in Nederland 227–38
 Suijling, Johannes Philippus | 198¹⁵⁰, 200, 204–205, 207, 219–21
 tiers détenteur | zie derde-bezitter
 titel (*iusta causa*) | in het Romeinse recht 40–41, 85–86, 91; in het *ius commune* 99–102, 135–36, 139–40; in het Duitse recht 139–40, 166; in het Zwitserse recht 142–47; in het Franse recht 178–84; in het Nederlandse recht 197–209, 219, 234, 244³⁷¹
titulus pro soluto | 86
 Toelichting Meijers | 173, 222–23, 234, 237³²⁷, 250–52
 Toullier, Charles-Bonaventure Marie | 188–92, 194, 198, 203
traditio | 64³¹¹
 traditioneel stelsel van eigendomsoverdracht | 166, 180
 Traditionsprinzip | 143
 Trennungsprinzip | 166
 Tuhr, Andreas von | 145–47, 151–52, 251
usucapio | zie verjaring
 verboden rechtshandeling | schenking tussen echtgenoten 72–76; inkoop van eigen aandelen 143
 verbruikleen (*mutuum*) | 16–17, 21–22, 26, 79³⁷⁶, 81, 86, 154, 169

- verduistering | *contrectatio* 66–67; *subreptio* 49
- verjaring | verjaringsbezit | 28, 33¹⁴⁸, 64; verkrijgende (*usucapio*) 40–41, 86⁴²¹, 91–92; bevrijdende ~ van de *rei vindicatio* d.m.v. *praescriptio longi temporis* 95–96; verkrijging d.m.v. *prescription instantanée* 184, 187, 190¹¹¹, 244³⁷¹; in het Nederlandse recht 249–50;
- vermenging (*commixtio*) | 23, 33, 34, 146–47, 162
- verrijksactie | zie ongerechtvaardigde verrijking
- verrijksbeginsel | 46²²⁹, 180, 188, 213–14
- verzuim | 32, 35, 37, 39, 176, 245
- Vinnius, Arnold | 104³⁵, 138
- voller | 66, 93⁴⁶⁴, 247
- vrijwaringsactie | 66, 246–48
- vruchten | in het Romeinse recht 76, 78³⁷², 80, 88, 91⁴⁵¹, 106; in het Duitse recht 164, 167; in het Franse recht 192¹²⁰; in het Nederlandse recht 226, 235³¹⁴, 250–51
- vruchtgebruik | 21, 25–26, 104, 112–13; oneigenlijk (*quasi usus fructus*) 26
- waarde | marktwaarde 20, 35–36, 61; waardedaling 35–37; waardestijging 36–37, 59–60, 66–67; wilsovereenstemming | zie abstract stelsel van eigendomsoverdracht, *obligatio consensu*
- Windscheid, Bernhard | 144, 157, 161
- Wyss, Paul Friedrich von | 144
- zaaksevolgende actie | zie *reipersecutoire actie*
- zaaksvorming (*specificatio*) | 33
- zakelijke actie | zie *actio in rem*
- zekerheidsstelling | zie *cautio*

Curriculum vitae

T.B.D. (Tobias) van der Wal werd op 12 januari 1988 geboren te Leiden. Hij behaalde zijn eindexamen in 2006 aan het Stedelijk Gymnasium te Leiden. In hetzelfde jaar begon hij met de studie Nederlands recht aan de Universiteit Leiden, alwaar hij in april 2012 afstudeerde met als specialisatie burgerlijk recht. Vanaf september 2012 was Van der Wal als promovendus en docent verbonden aan de afdeling Historische ontwikkeling van het recht. In het kader van zijn onderzoek verbleef hij korte tijd aan de Universität Zürich (UZH).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2018 en 2019 verschenen:

- MI-300 N.N. Koster, *Crime victims and the police: Crime victims' evaluations of police behaviour, legitimacy, and cooperation: A multi-method study*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-301 Jingshu Zhu, *Straightjacket: Same-Sex Orientation under Chinese Family Law – Marriage, Parenthood, Eldercare*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-302 Xiang Li, *Collective Labour Rights and Collective Labour Relations of China*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 0280 924 4
- MI-303 F. de Paula, *Legislative Policy in Brazil: Limits and Possibilities*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 0957 2
- MI-304 C. Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy. Exploring the challenges from a child rights, public international human rights law perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-305 E.B. Beenakker, *The implementation of international law in the national legal order – A legislative perspective*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-306 Linlin Sun, *International Environmental Obligations and Liabilities in Deep Seabed Mining*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-307 Qiulin Hu, *Perspectives on the Regulation of Working Conditions in Times of Globalization – Challenges & Obstacles Facing Regulatory Intervention*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-308 L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift-maken.nl 2018, ISBN 978 94 930 1964 5
- MI-309 E.S. Daalder, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keizer Septimius Severus*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 556 6, ISBN 978 94 6274 946 7 (e-book)
- MI-310 T.H. Sikkema, *Beginsel en begrip van verdeling*, (diss. Leiden), Vianen: Proefschrift-maken.nl 2018
- MI-311 L. Kools, *Essays on wealth, health and data collection*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1168 1
- MI-312 S. Voskamp, *Onderwijsvereenkomst. Contractenrechtelijke leerstukken toegepast op de rechtsverhouding tussen school, leerling en ouders in het primair en voortgezet bekostigd onderwijs*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2018, ISBN 978 94 6290 585 6
- MI-313 S. van der Hof e.a. (red.), *Recht uit het hart* (liber amicorum W. Hins), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018, ISBN 978 94 028 1310 4
- MI-314 D. Kong, *Civil Liability for Damage caused by Global Navigation Satellite System*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2018
- MI-315 T.B.D. van der Wal, *Nemo condicit rem suam. Over de samenloop tussen de rei vindicatio en de condictio*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978-94-6290-609-9, ISBN 978-94-6236-909-2 (e-book)
- MI-316 R. Zandvliet, *Trade, Investment and Labour: Interactions in International Law*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019
- MI-317 M. de Jong-de Kruijf, *Legitimitéit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen. De externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019
- MI-318 R.J.W. van Eijk, *Web Privacy Measurement in Real-Time Bidding Systems. A Graph-Based Approach to RTB system classification*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ipskamp Printing 2019, ISBN 978 94 028 1323 4
- MI-319 M.P. Sombroek-van Doorm, *Medisch beroepsgeheim en de zorgplicht van de arts bij vermoedens van kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2019, ISBN 978 94 6236 906 1

