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

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 *condictio*

§ 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 absolvito.' 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 condictionem* 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 condictionem* 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 condictionem* 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 pecuni*am* siue rem aliquam certam de*b*itam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus condictionis 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 condictionem petet […].' Zie ook het opschrift van Digestentitel 12,1: *De rebus creditis si certum petetur et de condictione*; 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 sestertien 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 toekomende 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 fiervi 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 *fierive* 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* schaart, is onjuist. Ook Ulpianus gebruikt de term *condictio* in D. 44,7,25 *pr*. immers als overkoepelende term voor álle 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 delict*o* obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestar*e* 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 dar*i* fieriue 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 fieriue 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, *Condictionen*, 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 clausule 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 condictionem 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 fierive 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 Syracusaanse 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*: 'derectum, asperum, simplex: SI PARET HS ɔɔɔɔ [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 toebehoren 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 toebehoren.'[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* propri*e* in his [fere] rebus contingit, qua*e* [res] pondere, numero, mensura consta*nt*, qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, *a*es, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non ea*e*dem, sed alia*e* eiusdem natur*ae* reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita *ti*bi a me datum est, ex meo t*u*um 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 pa*r*et eum dare oportere, ac si mut*u*um accepisset. Unde quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine t*utoris auctoritate* non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, 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 schaart 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 petatur 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 níet 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 gegeven. 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 condictionem 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 Julianus 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; Zwalve, *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 andermans 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 ampli*u*s fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures ex hac actio*n*e teneant*ur*: si paret eos dare oportere, quamuis 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 adversus 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 condictione, 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' 18e 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, *Condictionen*, 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 verhield 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 condictionis*, p. 114, n. 537, die stelt dat het om een 'illustrierendes 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 wenig 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 velen en tot uitzondering werden bestempeld. 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 condictionis*, 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 prijsgave 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 condictionis*, 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 *condictio 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 níet-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 zeten: '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 Condictionen 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, *Condictionen*, 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 condictionis*, 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 condictionis*, 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 herkregen 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 voordoet:

> 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 conpetit.'

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 reciperationem, apparet recepta re nihilo minus salvam esse furti actionem, vindicationem vero et condictionem 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 herkregen, 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 quadragensimo secundo ad Sabinum*): '[*pr*.] Si pro fure damnum decisum sit, condictionem 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 condictionem neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti et condictionem 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, Maximinianus, a. 293), over de kinderen van een slaaf die bij de dief werden geboren; C. 3,41,5 (Imperatores Diocletianus, Maximinianus, 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 condictionem 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 níet 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.

> Bedürfniß und die Möglichkeit der Condiction [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 Condiction, 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 befreyen, so ist für diesen Fall, ausnahmsweise, die Condiction 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, verschilde 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 condictionem 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' 27e 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 deteriorem 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-reïpersecutoire[177] *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 condictus 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 schattingseed 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 originaire wijze in eigendom had verkregen of dat hij zijn recht afleidde van een rechtsvoorganger die de zaak op originaire 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 eigendom[192] – 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 vergelijke 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 eigendomskwestie 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 was[203] – 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 gewéést 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 procedure[214] had tot gevolg dat zich processconsumptie voordeed. 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]

Processconsumptie 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 processconsumptie voordeed, 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: '*S*i 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 superuac*u*a 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; Zwalve, *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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 processconsumptie door de werking van een verweermiddel, terwijl Neratius spreekt van processconsumptie 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* processconsumptie 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 petitorem* (een vrijspraak), van D. 47,2,9,1, waarover § 2.4.4, *infra*, p. 57, waar sprake is van een *pronuntiatio secundum petitorem* (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 neemen, 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 verrijkingsrecht 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 locupletiorem.' Nog ruimer is D. 12,6,14 (Pomponius, *libro vicensimo primo ad Sabinum*): 'Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.' 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 processconsumptie met een andere actie voordeed.

De causa actionis van persoonlijke en zakelijke acties

In de uiteenzetting van Levy[233] 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 vitiatur: 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 processconsumptie trad reeds in op het moment van de *litis contestatio*. Ook wanneer uiteindelijk geen schending werd vastgesteld en een veroordeling uitbleef, deed zich dus processconsumptie 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 processconsumptie.

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 processconsumptie 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 regulorum*): '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 commodavero, 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 'verhindering' plaatsvindt 'van rechtswege of door een verweermiddel' (*aut ipso iure aut per exceptionem*),[244] duidt op directe processconsumptie.[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 zélf 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 processconsumptie zou kunnen zijn. Nu zich wel processconsumptie 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 processconsumptie voordeed 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 processconsumptie voordeed.

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

245 Processconsumptie *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 uitsluitsel werd gegeven over de vraag hoe de processconsumptie zich voordeed; zie Peters, *SZ* 32, p. 290.

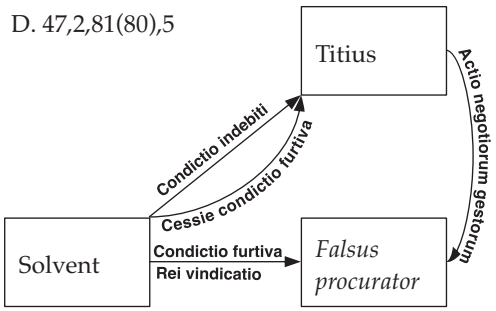
246 Levy, *Konkurrenz* I, p. 388: 'das eine durch die wissentliche Annahme des Geldes begangene *furtum*.' Op p. 392 stelt Levy: 'Diese *causa* ist im klassischen Recht das *furtum* und nichts anderes.'

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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 condicitur. […]'

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 níet gelegen in het veiligstellen van het regres van Titus 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 quadragensimo 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 voordoet 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: Zwalve, *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 bestónd.[257] Als de *condictio furtiva* door processconsumptie teniet zou zijn gegaan, dan was er immers geen risico van dubbele compensatie van de solvent. Uit het ontbreken van processconsumptie 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).

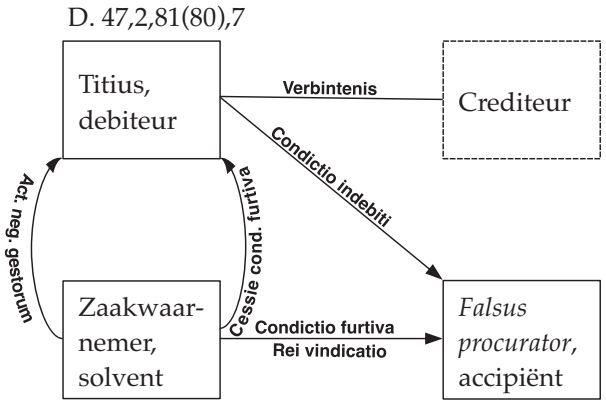
256 Wellicht zou hij het tevoren aan Titius betaalde bedrag met een *condictio* kunnen terugvorderen, maar in ieder geval droeg híj dan Titius' insolventierisico; in het voorkomen hiervan was zijn belang bij cessie van de *condictio furtiva* gelegen.

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; Zwalve, *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 *condictiones* 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 condictionem 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; Zwalve, *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 dít 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 opgezadeld 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*:

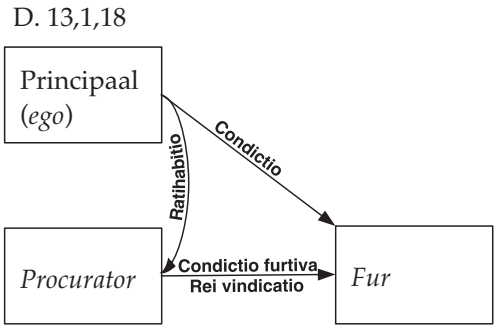
> D. 13,1,18: 'Omdat degene die munten aanneemt in de wetenschap dat deze niet aan hem verschuldigd zijn, diefstal pleegt, rijst de vraag, wanneer een vertegenwoordiger met zijn eigen munten betaalt, of er van hem diefstal gepleegd wordt. En Pomponius zegt in het achtste boek van zijn brieven dat hij 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.'



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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 Scaevola[274] 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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 processconsumptie 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 Zwalve, *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 Zwalve, *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 condictionem petitor remitteret. – Quod si ex condictione 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 aangemerkt, 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 'voorgezette 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 reilable [sic] information on classical law.' Zoals uit de hoofdtekst 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 condictionis*, 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 waardestijging 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 waardestijging 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 processconsumptie voor. Op indirecte wijze kon echter worden voorkomen dat de eiser een dubbele compensatie ontving.

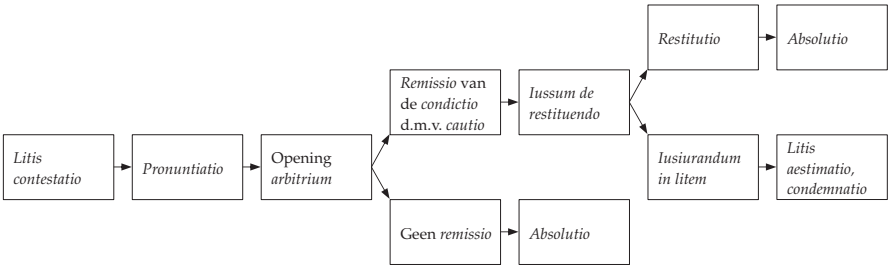
Eerst rei vindicatio, daarna condictio

Voor de werking van de indirecte processconsumptie 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 arbitrariae* 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 waardestijging, 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 arbitrariae*, 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 hoofdtekst 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 quinquagensimo 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 kwijtscheldingsafspraak 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 vindicatio* 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 petitorem oportere lege Aquiliae non acturum.' Zie over deze tekst Levy, *SZ* 36, p. 58, n. 3; Levy verwijst 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 iucicium 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 prijsgave 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 condictioni 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, *Passivlegitimation*, 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, *Passivlegitimation*, 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]

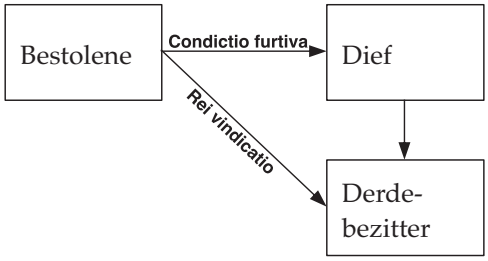
Het verbaast niet dat een directe vrijspraak niet Pomponius' voorkeur heeft. Net zoals een weigering de *condictio* prijs te geven in het *arbitrium*, zou een vrijspraak nadat de rechter in de *pronuntiatio* het eigendomsrecht van de eiser reeds bewezen had geacht, immers een verwijdering van eigendom 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 prijsgave 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 processconsumptie 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 processconsumptie. 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 seruus 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 aansprakelijkheid[325] die op grond van de regel *noxa 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 ontvreemde 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 onrechtmatigde 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 ontvreemde 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; Zwalve, *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)

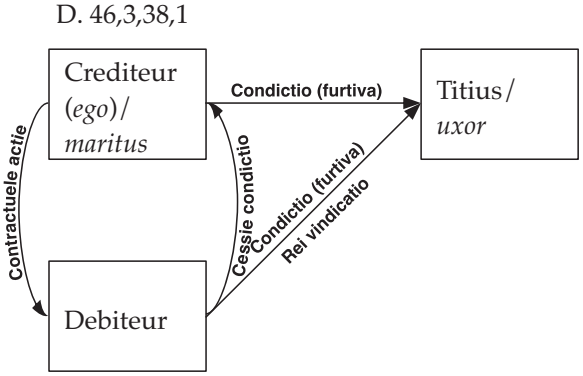
Ook de volgende tekst van Africanus illustreert dat samenloop tussen de *rei vindicatio* en de *condictio* zich zowel in delictuele als niet-delictuele situatie kon voordoen:

> 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 hij[334] 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 condictionem 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 condictionem, 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 begaan[345] – 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 ontvreemde 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; Zwalve, *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 weggevallen.

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.'[358]

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 44e 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 pigneraticia* 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 pigneraticia* 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 pigneraticia*: 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 condictionis*, p. 103.

366 Zie Hähnchen, *Die causa condictionis*, 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 bevestigend[370] als ontkennend[371] 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 bewaargeving[373] 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, condictione 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 intercipiendi 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 Koschembahr-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 vindicatio* en *condictio* in beginsel onmogelijk was[382] – in welke mate deze samenloop zich voordeed 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. Dít 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 anomale 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 hoofdtekst.

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 44ste 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 geremancipeerd 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 (Ulpianius 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 ontvreemde roerende zaken.'[397]

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.'[400]

---

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 quadragensimo 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, *Condictionen*, 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' 18e 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 condictionis*, 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 had gedwaald. Nu de *condictio furtiva* beschikbaar was wanneer de accipiënt te kwader 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 debebat 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; Zwalve, *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 accipient.[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 dát 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 verbruikleen[428] – 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 dief[432] 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 dedero, 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 tekst[435] 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 condictionem 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 voor[441] en tegen[442] 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 condictionis*, 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 andermans 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 betrekt 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 nich 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 condictionis*, 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.

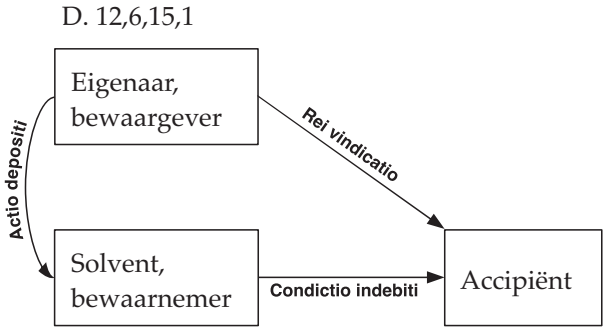
456 In de literatuur wordt van de 'Vollendung der *datio*' gesproken; zie Müller-Ehlen, *Hereditatis petitio*, p. 73. Of dezelfde uitkomst ook gold voor de *usucapio*, is onderwerp van debat.

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.



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 processconsumptie 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 weggevallen. 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 weggevallen 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 rechtens 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 verschafte 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. Gamicae, a. 258): '[*pr.*] Si doceas, ut adfirmas, nepti tuae ea lege a te esse donatum, ut certa tibi alimenta praeberet, 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 Zwalve, *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*, eigendomsoverdracht 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 processconsumptie 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.