



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

§ 3.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3.2 DE ACCURSISCHE GLOSSE

§ 3.2.1 Inleiding

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

§ 3.2.2 Het *iusta causa*-vereiste

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16 Zie over de glosse 'iusta causa': Landsberg, *Die Glosse des Accursius*, p. 107; Van Oven, *Praeadvies*, p. 67; Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326; Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 32; Zimmermann, *Obligations*, p. 867, n. 200; Zwilve, *GEPR*, p. 247 sq.

17 De putatieve titel werd reeds door glossatoren vóór Accursius erkend; zie Dondorp & Schrage, *Levering krachtens geldige titel*, p. 45. Zie ook de gl. 'Acquiruntur' ad I. 2,1,40: 'causa praecedente vera, vel putativa, ut in debitum, alias non.'

Het betoog van de glosse lijkt logisch sluitend te zijn en het is dan ook nog tot in de twintigste eeuw gebruikt ter onderbouwing van een abstract stelsel van eigendomsoverdracht.¹⁸ In een abstract stelsel wordt de vraag of eigendomsoverdracht plaatsvindt geabstraheerd van de vraag of de titel die tot deze eigendomsoverdracht aanleiding had gegeven, obligatoir gezien geldig is. Het komt aan op de *wil* van partijen om eigendom over te dragen.¹⁹ Dit abstracte stelsel staat tegenover het causale stelsel, waarin de eigendomsoverdracht afhankelijk wordt gemaakt van de vraag of er sprake is van een *causa vera*: een titel die in verbintenisrechtelijke zin obligatoir geldig is.²⁰

Het argument van de glosse is voor weerlegging vatbaar – het kan, zoals Van Oven schrijft, ‘in den bodem’ worden geslagen.²¹ Wanneer immers voor eigendomsoverdracht een *causa vera* zou zijn vereist, dan zou de tradent weliswaar in eerste instantie de *rei vindicatio*, en niet de *condictio*, tot zijn beschikking hebben gehad, maar dan zou hij in bepaalde gevallen toch op de *condictio* hebben moeten terugvallen. Wanneer de geleverde zaak was geconsumeerd of op origineere wijze in eigendom was verkregen, verviel immers de *rei vindicatio* en had de *condictio*, ook in een causaal stelsel, een functie te vervullen, zij het slechts als substituut van de *rei vindicatio*.²² Het bestaan van de Digestentitel over de *condictio indebiti* is dus op zichzelf niet in tegenspraak met een systeem waarin een obligatoir geldige titel voor eigendomsoverdracht was vereist. De bepalingen omtrent de onverschuldigde betaling leveren, anders gezegd, geen sluitend bewijs op dat ook een *causa putativa* aan het *iusta causa*-vereiste voldeed. Dit neemt echter niet weg dat, wanneer de tradent direct naar de *condictio* werd verwezen, hier wel degelijk uit kon worden afgeleid of eigendom was overgegaan. Stel dat een eigenaar die een onverschuldigde betaling had verricht *uitsluitend* de beschikking had over de *condictio indebiti*, nog voordat de onverschuldigd betaalde zaak was

18 *Infra*, p. 203, onder II.

19 De eis dat de tradent met de *traditio* de wil had om eigendom over te dragen was overigens reeds door Theophilus in de paraphrase op I. 2,1,40 als eis voor eigendomsoverdracht geïdentificeerd; zie Van Oven, *Praeadvies*, p. 63.

20 Deze onderscheiding is iets te scherp; tussen een abstract stelsel en een causaal stelsel kan men de *animus dominii transferendi*-theorie plaatsen, waarbij wilsovereenstemming tussen partijen vereist is. Een wilsgebrek bij één van de partijen bij de totstandkoming van de tot eigendomsoverdracht verplichtende verbintenis zal volgens deze theorie niet leiden tot eigendomsoverdracht. Wanneer men echter uitgaat van een volledig abstract stelsel wordt ook van deze wilsgebreken geabstraheerd: ook wanneer één van de partijen bij het contracteren in dwaling verkeerde, kan eigendom overgaan, zolang *bij de overdracht* maar de wil tot overdracht bestond. Zie voor dit onderscheid en een historisch overzicht van de theorieën over het *iusta causa*-vereiste: Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 171–72.

21 Van Oven, *Praeadvies*, p. 33–34, onder verwijzing naar Hofmann, *Titulus und modus adquirendi*, p. 121. Zie ook Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 189.

22 Men bedenke bovendien dat, wat het klassieke Romeinse recht betreft, deze discussie betrekking heeft op de *traditio*, waarover *supra*, p. 85, n. 417. Ook wanneer er voor de *traditio* een causaal stelsel zou hebben gegolden, dan werkte de, ten tijde van Justinianus reeds afgeschafte, *mancipatio* nog altijd abstract, zodat de *condictio* daar in ieder geval een functie had te vervullen.

geconsumeerd of op origineire wijze in eigendom verkregen, dan zou dit het bewijs zijn dat een *causa putativa* in dit geval grond was voor eigendomsoverdracht.²³ Het was dus in zo'n geval veeleer de onmogelijkheid te revindiceren die het bewijs voor de putatieve titel vormde, en niet het bestaan van de *condictio indebiti* in abstracto.²⁴ Het probleem bij de vaststelling van een algemene theorie over de *causa* van eigendomsoverdracht is dat de teksten uit het Corpus Iuris, zoals hierboven reeds bleek, elkaar tegenspreken.²⁵

Het betoog van de glosse 'Iusta causa' is gebaseerd op de opvatting dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht. Als de *condictio* immers ook op bezitsverschaffing zou kunnen zijn gericht, dan zou uit de beschikbaarheid van de *condictio* bij onverschuldigde betaling niet kunnen worden afgeleid dat de eigendom van de onverschuldigd betaalde zaak was overgegaan. De theorie dat een putatieve titel voor overdracht voldoende was, zou daarmee op losse schroeven komen te staan. Nu Accursius de *condictio* gebruikt om het *iusta causa*-vereiste te preciseren, zou men verwachten dat dit gepaard gaat met een stellige verwerping van de *condictio possessionis*. Toch blijkt dit niet het geval te zijn. Om te begrijpen hoe de glosse zich uit het aldus gerezen probleem tracht te redden, zal eerst aandacht worden besteed aan de *condictio furtiva*, de voornaamste uitzondering op het principe dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogt, en vervolgens op de uitbreiding van het toepassingsgebied van de *condictio* op grond van de glosse 'Nisi furi.'

§ 3.2.3 De *condictio* vanwege diefstal

In het *ius commune* werd aan de onderverdeling tussen de verschillende *condictiones* een groter gewicht toegekend dan in het klassieke, en zelfs het Justiniaanse, Romeinse recht het geval was geweest.²⁶ Zo maakt de glosse een onderscheid tussen de *condictio certi (specialis)* die voor in verbruikleen gegeven zaken ter beschikking staat,²⁷ en de *condictio triticaria*, die voor andere zaken dan geld is bestemd en ook voor een *incertum*, zoals een erfdiensbaarheid of het bezit van een zaak.²⁸ Dit onderscheid is relevant voor de vraag of met de *condictio* iets anders geëist kan worden dan eigendomsoverdracht.

23 Het was van belang dat de tradent eigenaar was, omdat de *condictio* anders alleen betrekking zou hebben gehad op het bezit van de zaak, zoals in D. 12,6,15,1, *supra*, p. 88, n. 436.

24 Dit argument vindt men bij Van Oven, *Praeadvies*, p. 34–35, die het 'treffend' acht dat 'bij de casuïstische uitwerking der *condictiones* zelfs geen melding gemaakt wordt van de mogelijkheid dat in sommige gevallen de conditie plaats zal moeten maken voor een revindicatie mits deze mogelijk zij.' Zie ook Gordon, *Essays Nicholas*, p. 128; Van Vliet, *Transfer of movables*, p. 190.

25 Zie § 2.6.2, *supra*, p. 84.

26 Zie het algemene overzicht over het verrijksrecht in het tijdvak 1100–1400 bij Dawson, *Unjust Enrichment*, p. 64 sq.

27 Gl. 'Certi condictio' ad D. 12,1,9 *pr.* Zie voor het relevante citaat van deze tekst, *supra*, p. 20, n. 74.

28 Gl. 'Qui certam' ad D. 13,3,1 *pr.*

In het geval van de *condictio certi* kan men slechts eigendomsoverdracht vorderen, zo stelt Accursius:

Gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.*: 'Wat een *certum* is heb je hierboven gelezen bij D. 12,1,6. Versta onder een *certum* het geven van een zaak omdat die zaak is verschuldigd, niet omdat die van mij is, want in dat geval wordt de *rei vindicatio* gegeven, en niet de *condictio*, behalve tegen een dief, zoals volgt uit D. 7,9,12 hierboven.'²⁹

Als een eiser reeds eigenaar is, dan stelt de glosse dat hij zich niet van de *condictio certi*, maar van de *rei vindicatio* moet bedienen. Accursius vervolgt:

Gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.* (slot): 'Maar wordt deze *condictio* nooit gegeven in het geval een actie uit bruikleen of pand van toepassing is? Ik antwoord van niet omdat hier niet een actie wordt gegeven om eigendomsoverdracht te bewerkstelligen, noch om datgene wat niet van mij is, geleverd te krijgen, maar om aan mij te restitueren.'³⁰

Accursius maakt hier een onderscheid tussen het *petitum* (of eis) waarbij de eiser stelt dat de gedaagde aan hem in eigendom moet overdragen (*dare*) en het *petitum* waarbij de gedaagde slechts moet restitueren (*restituere*). De glosse stelt dat de *condictio certi* niet ter beschikking staat in die gevallen waarin de eiser slechts restitutie van een zaak wenst, zoals wanneer hij procedeert voor teruggave van een zaak die hij in pand of bruikleen had gegeven. Maar hoe kan men verklaren dat de *condictio*, waarbij de gedaagde wordt verplicht om een *datio* te verrichten – hetgeen ook door de glosse zo wordt opgevat dat de gedaagde verplicht is in eigendom over te dragen³¹ – in geval van diefstal kan worden ingesteld? De *condictio furtiva* lijkt het systeem immers te ondermijnen: 'Het lijkt dat dit niet kan standhouden,' overweegt Accursius dan ook in een glosse op de Instituten, 'want het is zeker dat degene die procedeert eigenaar was, en het ook nu is omdat hij de eigendom niet zonder eigen handeling heeft kunnen prijsgeven.' Het probleem dat de *condictio furtiva* oplevert kan dus zo worden omschreven: 'Iemand kan niet procederen opdat datgene wat van hem is, aan hem gegeven wordt; en toch zegt

29 Gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 192 v^o: 'Quid sit certum, habes supra eodem l. "Certum" et subaudi hic, scilicet dari ut debitum: non ut meum: quia tunc vindicatio, non condi[c]tio datur, nisi contra furem: ut supra usufru. quemad. ca. l. fi.'

30 Gl. 'Certum petitur' *if.* ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 192 v^o: 'Sed nunquid in loco actionis commodati, vel pigneraticiae, vel similis datur haec condictio? Respondeo non: quia ibi neque ad dandum, neque ad tradendum, quod non sit meum, daretur; sed ad meum restituendum.'

31 Gl. 'Oportet' ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: 'Id est oportet, quod non detur. Est enim impossibile quod non detur, ut subiicit, quia dare est accipientis facere, ut subiicit, nec res, que et cetera.' ('Dat wil zeggen dat hij niet verplicht is te geven. Het is immers onmogelijk dat hij niet geeft opdat hij prijsgeeft, omdat "geven" eigendom overdragen is, opdat hij prijsgeeft, hetgeen niet mogelijk is bij een zaak die, enzovoorts.')

deze tekst dat dit kan.³² De glosse beschouwt de *condictio furtiva* dan ook als strijdig met het wezen van de overige *condictiones*:

Gl. 'Soli domino' ad D. 13,1,1: 'Dit is tegen het wezen van de andere *condictiones*, want die worden gegeven aan personen die geen eigenaren zijn, zoals blijkt uit D. 7,9,12 *i.f.*, maar hier en in I. 4,6,14 [procedeert] een eigenaar en een quasi-eigenaar.'³³

Aanknopingspunt voor de oplossing van dit conflict is de hier door de glosse geciteerde tekst waarin Ulpianus de regel verwoordt dat niemand zijn eigen zaak met de *condictio* kan opeisen, behalve van een dief. De middeleeuwse juristen citeren deze regel onafhankelijk van de context van vruchtgebruik waar zij oorspronkelijk mee verbonden was.³⁴ Zo schrijft de commentator Dinus de Mugello (+ 1303) bondig:

'Niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief.'³⁵

Met nog meer kracht verwoordt de dertiende-eeuwse jurist Révigny dit beginsel aldus:

'Elke *condictio*, behalve de *furtiva*, in onverenigbaar met het eigendomsrecht.'³⁶

De *condictio* tegen de dief heeft dus in het *ius commune* haar bijzondere positie behouden. De glosse vat de categorie van dieven ruim op, zodat ook sommige personen die zich strikt genomen niet aan het delict *furtum* schuldig hebben gemaakt, door een eigenaar met de *condictio* kunnen worden aange-

32 Gl. 'Si apparet' ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: 'Id est quia apparet eos et cetera. Idem dicitur de actione in personam. Sed videtur hoc stare non posse. Nam certum est, eum qui agit dominum fuisse ergo et nunc est quia sine facto suo dominium ab eo discedere non potuit, ut ff. de re. iu. l. "Id quod nostrum" et C. de proba. l. "Sive possidetis." Ergo non potest agere ut sibi detur quod est suum, et tamen hic dicit quod sic.'

33 Gl. 'Soli domino' ad D. 13,1,1, f. 213 v^o: 'Hoc est contra naturam aliarum condi[c]tionum. Nam non dominis tantum dantur, ut supra usufr. quemad. ca. l. fi. Sed hec domino, ut hic et insti. de actio. § "Sic itaque" et quasi domino.'

34 D. 7,9,12 *i.f.*, *supra*, p. 25, n. 106.

35 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o: 'Nemo condicit rem suam praeterquam a fure.' Zie over het commentaar van Dinus § 3.3.2, *infra*, p. 116. Zie ook de verwoording van deze regel door Vinnius ad I. 4,6,14, p. 897 a: 'Breviter regulam cum exceptione sic expressit: nemo rem suam, nisi furi, condicere potest.'

36 Révigny ad I. 4,6,14; in de teksteditie van Van Soest-Zuurdeeg, *La Lecture*, r. 27: 'omnis condictio, preter furtivam, abhorret dominium.' Zie ook het commentaar van Révigny ad D. 7,9,12, f. 158 r^o b, waarover uitgebreid § 3.4.3, *infra*, p. 122: 'Dicitur ibi quod nemo condicit rem suam nisi a fure; quidam volebat dicere quod ab alio quam a fure nemo condicit rem suam.' ('Hier wordt gezegd dat niemand zijn eigen zaak condiceert behalve van een dief; werkelijk wilde [Ulpianus] zeggen dat niemand zijn eigen zaak van iemand anders condiceert dan van een dief.')

sproken.³⁷ De glosse stelt de *condictio* dan ook ter beschikking tegen ‘welke bezitter te kwader trouw van andermans zaak dan ook, en niet alleen de dief,’³⁸ of, volgens een andere formulering, tegen ‘dieven en soortgelijke personen’:

Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12: ‘Ik kan immers de *condictio* instellen tegen dieven en tegen soortgelijke personen, zoals blijkt uit D. 13,3,1,1, D. 13,3,2, I. 4,1,19 en D. 12,1,4,2; en volgens Martinus³⁹ kan de *condictio* ook tegen hen worden ingesteld, omdat zij zaken hebben ontvreemd met het doel zich deze zaken toe te eigenen.’⁴⁰

De glosse vat de uitzondering voor diefstal dus extensief op, maar dit is geen verrassing. Ook Gaius schrijft immers dat de *condictio* ter beschikking staat tegen dieven en ‘enige andere bezitters.’⁴¹ Eén van deze ‘soortgelijke personen’ was, zoals wij zagen, de pandhouder die de aan hem verpande zaak na aflossing van de schuld niet wilde teruggeven.⁴² Ook de glosse beschouwt deze pandhouder als dief die met de *condictio furtiva* kan worden aangesproken:

Gl. ‘Res pignori’ ad D. 12,1,4,1: ‘Als sprake is van een roerende zaak waarvan men diefstal kan plegen, dan kan men condiceren met de *condictio furtiva* en met welke andere *condictio* dan ook, zoals blijkt uit I. 2,6,3. Op dezelfde wijze is met betrekking tot onroerende zaken de *condictio sine causa* van toepassing tegen een diefachtige crediteur of tegen een rover, maar niet tegen iemand anders, zoals blijkt uit I. 4,6,14. Maar zie, met betrekking tot het bezit, D. 12,6,15,1 hieronder. Volgens Lotharius⁴³ wordt immers met betrekking tot het bezit dat iemand zich heeft toegeëigend de *condictio furtiva* gegeven omdat deze persoon meteen diefstal schijnt te plegen van hetgeen hij voor zichzelf bestemde, zoals blijkt

37 Zie § 2.5, *supra*, p. 67.

38 Gl. ‘In rem actio’ ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: ‘Item notatur quod hic paragraphus locum habet in quolibet malefidei possessore aliene rei non solum in fure, ut supra de rerum di. § “Si cum [lees: tamen]” et ff. de condi. triti. l. in fi. et l. ii in prin.’ (‘Tevens wordt opgemerkt dat deze paragraaf betrekking heeft op welke bezitter te kwader trouw van andermans zaak dan ook, en niet alleen op de dief, zoals blijkt uit I. 2,1,26, D. 13,3,1,1 en D. 13,3,2.’)

39 Martinus (c. 1100–vóór 1166) was één van de *quattuor doctores* die Irnerius in Bologna opvolgden; zie Lange, *Die Glossatoren*, p. 170–71.

40 Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12, f. 104 v^o: ‘A furibus enim, et similibus possum condicere: ut infra de condi[c]tione triti. l. 1 in fi. et l. ii. et instit. de obligati. que ex ma. § fi. et infra si certum petatur l. “Si quis nec” § fi. et hoc ideo ab eis; quia ideo surripiunt, ut faciant suam, secundum M[artinus].’

41 G. 2,79 (≈I. 2,1,26), *supra*, p. 33, n. 147.

42 Deze pandhouder kon een dief zijn, maar in het kader van de *condictio* werd niet de eis gesteld dat de pandhouder met een frauduleuze intentie had gehandeld; zie D. 12,1,4,1, *supra*, p. 76, n. 358.

43 Lotharius Cremonensis (eind twaalfde–begin dertiende eeuw) was wellicht een navolger van Martinus, *supra*, n. 39; zie Schrage, *Utrumque ius*, p. 46; Lange, *Die Glossatoren*, p. 240.

uit het slot van D. 47,2,68(67),5. Dit is niet een geval waarin het enkele bezit wordt gecondiceerd, omdat [de eiser] in zo'n geval het bezit en niet de eigendom zou condiceren, terwijl hij geen eigenaar zou zijn, zoals het geval is in D. 13,3,2. Hier is er echter sprake van een *condictio* met betrekking tot de zaak (een *condictio rei*).⁴⁴

Ook degene die een zaak in eerste instantie rechtmatig onder zich had, zoals hier op grond van een pandcontract, kan diefstal van die zaak plegen zodra de rechtvaardiging voor zijn houderschap was weggefallen. De verwijzing naar de stelling van Lotharius dat ook de pachter die na afloop van de pachttermijn vruchten trekt, hiervan diefstal pleegt, dient ter ondersteuning van dit argument. Toch is deze glosse gecompliceerder dan men zou verwachten. Aan het begin wordt een onderscheid gemaakt tussen roerende en onroerende zaken. Zowel de pandhouder van een roerende zaak als van een onroerende zaak wordt, nadat er betaald is, door de glosse als dief aangemerkt die met de *condictio* kan worden aangesproken als hij de verpande zaak niet had teruggegeven. Voor een onroerende zaak staat de *condictio sine causa* ter beschikking en voor een roerende zaak staat de *condictio furtiva* ter beschikking, of – en dit is opvallend – ‘welke *condictio* dan ook’ (*qualibet alia condictio*).

Hoe kan de beschikbaarheid van ‘welke *condictio* dan ook’ voor achtergehouden roerende zaken worden verklaard? Men zou verwachten dat de *condictio furtiva* wordt beschouwd als de enige *condictio* die niet op eigendomsoverdracht is gericht. Als elke *condictio* tegen een dief beschikbaar is, waarom zou er dan nog behoefte bestaan aan een afzonderlijke *condictio furtiva*? Het blijkt hier niet om een verschrijving te gaan. In het *ius commune* was de opvatting wijdverbreid dat elke *condictio* zijn ware, dat wil zeggen op eigendomsoverdracht gerichte, karakter verloor zodra deze tegen een dief werd ingesteld. De middeleeuwse juristen spreken van de ‘degeneratie’ van de *condictio* zodra deze tegen een dief aanhangig wordt gemaakt. Men vindt

44 Gl. ‘Res pignori’ [soms aangeduid als de gl. ‘Condici potest’] ad D. 12,1,4,1, f. 192 r^o: ‘Condici potest condi[c]tione furtiva et qualibet alia condi[c]tione si res mobilis est in qua furtum possit committi, ut insti. de usuca. § “Quod autem.” Item condi[c]tione sine causa etiam pro immobile a creditore fure sive praedone ab alio non ut insti. de actio. § “Sic itaque” et respectu possessionis ut infra de condi. inde. l. “Indebiti” § “Sed si nummi.” Secundum Loth[arius] facit enim possessio ut eius respectu detur condictio furtiva. cum videatur facere furtum statim ex quo sibi habere destinavit ut infra de fur. inficiando in fi. respon. Quod nihil est quod tantum possessio condicatur quia tunc possessionem, non rem condiceret si non sit dominus ut infra de triti. l. ii; hic autem loquitur de condi[c]tione rei.’

deze opvatting onder andere bij Dinus,⁴⁵ Révigny,⁴⁶ Bartolus,⁴⁷ en Baldus.⁴⁸ Toch is dit een wonderlijke vaststelling. Aan de ene kant onderscheidt de glosse scherp tussen de verschillende *condictiones*, zoals blijkt uit het feit dat het kennelijk van belang was dat een onroerende verpande zaak met de *condictio sine causa* werd opgevorderd.⁴⁹ Maar aan de andere kant blijkt dat, wat betreft roerende zaken, elke *condictio* tegen een dief kan worden ingesteld, waardoor het onderscheid tussen de verschillende *condictiones* juist lijkt te vervagen. De 'degeneratie' van de *condictio* kan evenwel worden verklaard aan de hand van deze *condictio* tegen de pandhouder. In dit geval is sprake van een *condictio* die door een eigenaar wordt ingesteld met betrekking tot zijn eigen zaak. Dit betekent dat de pandhouder als 'dief' móet worden aangemerkt zodat deze *condictio* geen conflict oplevert met de regel dat een eigenaar zijn zaak slechts van een dief kon condiceren. Maar deze *condictio* tegen de pandhouder was in het Corpus Iuris niet in titel D. 13,1 over de *condictio furtiva* opgenomen, en ook niet als zodanig betiteld, maar was opgenomen in de algemene titel D. 12,1 *De rebus creditis si certum petetur et de condictione*. De *condictio* tegen de pandhouder kon dus geen *condictio furtiva* zijn, trouw als de juristen van het *ius commune* waren aan de indeling van de Digesten. De *degeneratio* van elke *condictio* wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld, kan men daarom juist begrijpen tegen de achtergrond van het strikte onderscheid tussen de verschillende *condictiones*. Stel dat een eiser een onverschuldigde betaling had verricht en de accipiënt ten processe een dief bleek te zijn omdat hij wist van het onverschuldigde karakter van de

45 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o. Dinus stelt overigens dat volgens de glosse alleen de *condictio furtiva* tegen de dief ter beschikking staat: 'glossa dicit quod nemo condicit rem suam praeterquam a fure, id est nulla alia conditio, nisi conditio furtiva, datur contra furem.' ('De glosse zegt dat niemand zijn eigen zaak condiceert behalve van een dief, dat wil zeggen dat er geen andere *condictio*, behalve de *condictio furtiva* tegen de dief wordt gegeven.') Uit de tekst van Ulpianus zou volgens Dinus het tegendeel volgen: 'Textus non dicit hoc, quod non det alia. Sed dicit quod nemo, et cetera. Textus non distinguit species conditionem.' ('De tekst zegt niet dat er geen andere *condictio* wordt gegeven. De tekst zegt dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, maar onderscheidt niet naar gelang de specifieke *condictio*.)' Uit het citaat van de gl. 'Res Pignori' in n. 44 blijkt echter dat reeds de glosse elke *condictio* tegen een dief beschikbaar stelt.

46 Révigny, *La lecture*, p. 225, r. 32, in zijn *lectura* op I. 4,6,14: 'Unde omnis conditio degenerat contra furem.' Révigny verwijst hierbij naar de opvatting van Martinus.

47 Bartolus ad D. 12,1,4,1, f. 7 r^o a: 'omnis enim conditio degenerat contra furem.'

48 Baldus de Ubaldis ad D. 12,1,4,1, f. 7 r^o b: 'Quod dominus condicat rem suam respectu domini, secus in aliis conditionibus, ut l. i in fi et l. 2 infra de triti. Quae dicit rem condici, quia omnis conditio degenerat contra furem, in omnis conditio datur contra natura sui generis.' ('Dat een eigenaar een *condictio* instelt met betrekking tot de eigendom van zijn eigen zaak, is tegengesteld aan de andere *condictiones*, zoals blijkt uit D. 13,3,1,1 en D. 13,3,2. De tekst zegt dat men de zaak kan condiceren omdat elke *condictio* tegen een dief zijn ware aard verliest en dat elke *condictio* tegen zijn eigen natuur in wordt gegeven.')

49 Dit was een gevolg van de Byzantijnse rubricering, die een einde had gemaakt aan de klassieke *condictio* met zijn uniforme *formulae*.

betaling,⁵⁰ moest de eis dan worden afgewezen omdat er ten onrechte met de *condictio indebiti* was geprocedeerd en niet met de *condictio furtiva*? In het klassieke Romeinse recht zou deze vraag nooit zijn gerezen: de *formula* was in beide gevallen hetzelfde.⁵¹ Maar indien de eiser een keuze diende te maken voor een bepaalde *condictio* zou hij na de verkeerd gekozen actie zijn rechtsingang vanwege het *ne bis in idem*-beginsel hebben verloren. Dit scenario kon worden voorkomen als elke *condictio* tegen een dief ter beschikking werd gesteld.

Accursius overweegt in het vervolg van de glosse ‘Res pignori,’ zoals wij zagen, dat de eigenaar een dief of rover met de *condictio* kan aanspreken, maar niet iemand anders, en ter ondersteuning verwijst hij naar de bekende tekst uit de Instituten over de *condictio furtiva*.⁵² Wanneer wij de glosse op die tekst raadplegen, zien wij dat de centrale vraag naar de verklaring van de *condictio* tegen een dief niet wordt beantwoord. De glosse draagt, na het probleem van de *condictio furtiva* te hebben uiteengezet,⁵³ slechts twee mogelijke oplossingen aan, zonder hierbij een keuze te maken:

Gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Zeg dat er een verband moet worden gelegd met de soort en niet met het specifieke geval. Het schijnt dat deze tekst zegt dat door middel van deze persoonlijke actie wordt geprocedeerd om iets anders te bewerkstelligen dan eigendomsoverdracht. Maar hier wordt toch geen eigendomsoverdracht gevorderd, en het is dus wonderlijk dat ik eis dat mijn zaak door middel van een persoonlijke actie aan mij wordt gerestitueerd; in andere gevallen kan dit niet, zoals blijkt uit D. 7,9,12 en D. 12,6,55. Onder dergelijke omstandigheden is hetgeen hier wordt gezegd bijzonder. – Of zeg dat hier wordt geageerd om overdracht te bewerkstelligen: namelijk “overdracht” van het bezit dat ik had verloren door diefstal, zoals blijkt uit D. 41,2,15 en D. 13,3,2.’⁵⁴

De eerste zin van deze glosse is cryptisch, want wat wordt bedoeld met de verwijzing naar ‘de soort’ en ‘het specifieke geval’? Wat de glosse hier waarschijnlijk bedoelt, is dat de *condictio* weliswaar normaal gesproken eigendomsoverdracht beoogde, maar dat hier alleen in het ‘specifieke geval’ van diefstal een uitzondering op wordt gemaakt. Volgens deze opvatting is de *condictio* van de eigenaar tegen de dief ‘wonderlijk’ (*mirabilis*) en ‘bijzonder’ (*specialis*): een uitzondering die niets afdoet aan het feit dat de *condictio* nor-

50 D. 13,1,18 (Scaevola), *supra*, p. 55, n. 266.

51 De *condictio indebiti* was dus niet aan de *voorwaarde* gebonden van de goede trouw van de accipiënt, *supra*, p. 84.

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

53 Het eerste deel van de glosse ‘Si apparet’ is reeds geciteerd, *supra*, n. 32.

54 Gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: ‘Sed dic relationem esse faciendam ad genus non ad speciem quasi dicat ea actione per quam alias agitur ad dandum, scilicet personali. Sed hic non ad dandum intenditur et ita est mirabile quod rem meam per personalem actionem peto restitui. Alias contra, ut ff. usufruc. quemad. ca l. fi. et ff. de condi. inde. l. “Si urbana.” Sed est speciale ut hic dicitur. Vel dic, agi etiam ad dandum. scilicet possessionem dandam quam amiseram per furtum, ut ff. de acqui. pos. l. “Rem que a nobis” et ff. de condi. tritica lege secunda.’

maal gesproken op eigendomsoverdracht is gericht. De tweede oplossing die de glosse aandraagt houdt in dat de *datio*, de eigendomsoverdracht waar de gedaagde in de *condictio* toe is verplicht, ruim moet worden opgevat. De *datio* zou niet alleen op eigendomsoverdracht kunnen duiden, maar ook op bezitsverschaffing. Gevolg van deze opvatting zou zijn dat de *condictio furtiva* in het geheel geen uitzonderingspositie meer zou bekleden die afzonderlijke verklaring zou behoeven. Deze oplossing is aantrekkelijk, maar in strijd met het beginsel dat *dare* moet worden begrepen als ‘eigendom aan de accipiënt overdragen’ – een uitleg die de glosse óók onderschrijft.⁵⁵ Deze tweede opvatting wijst echter wel uit dat in ieder geval werd overwogen dat ook het bezit van een zaak in het algemeen – ook buiten het geval van diefstal – een vermogenswaarde vertegenwoordigde die gecondiceerd kon worden. Het principe dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht was gericht, wankelde.

§ 3.2.4 De *condictio possessionis*

Wanneer wij nogmaals de aandacht vestigen op de glosse ‘Res pignori’,⁵⁶ dan valt het op dat Accursius, tussen de verwijzingen naar de Instituten en Lotharius door – verwijzingen die beide dienen ter ondersteuning van de stelling dat de pandhouder een dief is – spreekt over de *condictio* met betrekking tot het bezit (*respectu possessionis*). De glosse wijst hierbij op de tekst waarin Paulus de *condictio* ter beschikking stelt aan degene die andermans munten onverschuldigd heeft betaald.⁵⁷ Het gaat hier dus *niet* om een voorbeeld van een geval waarin de *condictio* tegen een dief wordt ingesteld. Reeds Azo († ná 1229⁵⁸), één van de leermeesters van Accursius,⁵⁹ identificeert deze tekst van Paulus in zijn *Brocardica* als een voorbeeld van een tekst waarin het bezit wordt gecondiceerd (*possessio condicetur*).

De benaming *Brocardica*, of *Brocarda*, duidt op een verzameling korte uitspraken die aan de hand van enkele relevante teksten uit het Corpus Iuris worden onderbouwd.⁶⁰ Zo wijst Azo in zijn rubriek *possessio condicetur* niet alleen op deze tekst van Paulus, maar ook op twee teksten waarin Ulpianus stelt dat degene die van zijn landgoed is verdreven, het bezit van dit landgoed kan condiceren.⁶¹

55 Gl. ‘Oportet’ ad I. 4,6,14, *supra*, n. 31.

56 *Supra*, n. 44.

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

58 Lange, *Die Glossatoren*, p. 259; ook Azo Portius genoemd; *op. cit.*, p. 255.

59 *Op. cit.*, p. 337.

60 Zie over dit genre: Lange, *Die Glossatoren*, p. 142; Schrage & Dondorp, *Utrumque ius*, p. 33.

61 Azo, *Brocardica*, p. 390, verwijst naar D. 13,3,2 en D. 47,2,25,1, zie § 2.5.5, *supra*, p. 81. Azo verwijst bovendien naar twee teksten die wij nog niet eerder waren tegengekomen: D. 4,2,21,2 (Paulus), over de levering van andermans landgoed en het verschil tussen de waarde van het bezit en de eigendom van dit landgoed, en D. 24,3,11 (Pomponius), over een echtgenote die andermans zaak in bruidsschat geeft.

Ook in zijn glosse op de Instituten, in het kader waarvan de mogelijkheid om het bezit van een zaak te kunnen vorderen reeds aan de orde was gekomen,⁶² verwijst Accursius naar deze tekst van Paulus:

Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14 (vervolg): 'Soms wordt ook tegen een bezitter te goeder trouw de *condictio* vanwege het bezit ter beschikking gesteld, zoals blijkt uit D. 12,6,15,1.'⁶³

Deze *condictio* met betrekking tot het bezit (*condictio ratione possessionis*) kon een eiser niet alleen instellen tegen bezitters te kwader trouw, maar 'soms' (*interdum*) ook tegen bezitters te goeder trouw. Opnieuw is dit een vrij aarzelende erkenning van de mogelijkheid om ook buiten het geval van diefstal de *condictio* voor het bezit toe te staan. De vraag rijst daarom temeer hoe deze *condictio ratione possessionis* zich verhoudt tot de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht. De glosse op de tekst van Paulus verklaart:

Gl. 'Ut vel' ad D. 12,6,15,1: 'Ook wordt opgemerkt dat hier ter verkrijging van het bezit een persoonlijke actie wordt gegeven, namelijk de *condictio triticaria* zoals hieronder in D. 13,3,1,1 en D. 13,3,2, hetgeen zeldzaam is; ook worden er interdicten gegeven, hetgeen blijkt uit I. 4,15 *pr.*'⁶⁴

Ook met de opvatting dat het opeisen van het bezit van een zaak met de *condictio* een 'zeldzaam' geval betreft, zijn wij niet veel verder.

Odofredus († 1265) kent deze terughoudendheid niet. Odofredus bespreekt het argument dat tegen de beschikbaarheid van de *condictio* in dit geval is aangevoerd: 'het schijnt dat de *condictio indebiti* niet van toepassing zal zijn als er bezit en geen eigendom wordt overgedragen, zoals blijkt uit D. 12,6,33 hierboven.'⁶⁵ Odofredus verwerpt deze tegenwerping echter nu ook de *condictio indebiti* het bezit van een zaak als voorwerp kan hebben: 'Met betrekking tot de oplossing van deze tegenwerping [geldt]: jij zal bondig zeggen dat waar het bezit van munten bij mij berust en ik ze onverschuldigd aan jou betaal, ik dan aan jou het bezit van de munten overdraag en ik het bezit van jou kan condiceren.'⁶⁶ De

62 Zie de tweede opvatting in de Gl. 'Si apparet,' *supra*, n. 54.

63 Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14, f. 58 v°: 'Interdum etiam contra bone fidei possessorem datur condi[c]tio ratione possessionis, ut ff. de condi. inde. l. "Indebiti" § "Sed si nummi."' Zie voor het eerste deel van de glosse 'In rem actio,' *supra*, n. 38.

64 Gl. 'Ut vel' ad D. 12,6,15,1, f. 207 r°: 'Item notatur hic ad possessionem actionem personalem dari sic et in triticaria, ut infra de condic. triti. l. i in fi. et ii. quod raro est sed interdicta dantur ut insti. de interdic. in prin.'

65 Odofredus ad D. 12,6,15,1, f. 35 r° a: 'Sed ad id quod dicitur in § isto opponitur et signatur contra et videtur quod condictio indebiti non habeat locum si transfertur possessio non proprietatis ut infra eodem l. "Si in area."'

66 Odofredus ad D. 12,6,15,1, f. 35 r° a: 'Ad solutio cuius contrarii, ita breviter dicetis: ubi possessio nummorum est apud me et indebite solvo tibi, transfero in te possessio eorum, et eam a te condico.'

beschikbaarheid van de *condictio indebiti* voor het vorderen van het bezit van een zaak – niet als zeldzaam geval, zoals bij de glosse, maar als vanzelfsprekendheid wanneer enkel het bezit is ‘overgedragen’ – laat zien dat Odofredus een van de glosse onafhankelijke traditie vertegenwoordigt.

Opvallend is dat de glosse ‘Ut vel’ de *condictio triticaria* aanwijst als de *condictio* die ook op het bezit van een zaak kan zijn gericht. De *condictio triticaria* was de Byzantijnse benaming voor de *condictio certae rei*, die in het klassieke Romeinse recht betrekking had op ‘andere zaken’ dan geld (*alia res*).⁶⁷ De vraag rijst dan ook wat de glosse op deze *condictio triticaria* vermeldt:

Gl. ‘Rem autem suam’ ad D. 13,3,1,1: ‘Wat is rechtens wanneer Titius het bezit van iemands eigen zaak heeft? Ik antwoord dat het bezit gecondiceerd kan worden omdat gezegd is dat het begrip van een zaak het bezit mede omvat. Dit stelt Azo. Ook wordt gezegd dat iemand niet zijn eigen zaak kan condiceren, en dat dit een kenmerk is van welke *condictio* dan ook, hetgeen blijkt uit D. 7,9,12.’⁶⁸

De *condictio triticaria* kan volgens deze glosse ook op het bezit van een zaak zijn gericht.⁶⁹ De reden dat de *condictio triticaria* volgens Accursius ook het bezit van een zaak als voorwerp kan hebben is gelegen in een ruime uitleg van het begrip ‘zaak.’ Hieronder moet niet alleen de eigendom, maar ook het bezit van een zaak worden begrepen. Accursius verwijst hierbij naar zijn leermeester Azo, die de *condictio triticaria* in zijn *Summa* op de Digesten bespreekt.⁷⁰ Over de *condictio triticaria* schrijft Azo:

Azo ad D. 13,3: ‘Deze *condictio* is van toepassing, overal waar een of andere zaak maar wordt geëist, en het begrip van een zaak omvat, zoals in zijn eigenlijke en omvangrijke betekenis, zowel lichamelijke als onlichamelijke zaken, terwijl alleen uitgeteld geld is uitgezonderd, zoals blijkt uit D. 13,3,1 *pr.*, § “generaliter”⁷¹ en I. 2,2. [...] Met deze *condictio* kunnen zelfs dienstbaarheden worden gecondiceerd, die, zoals wij zeiden, als een *incertum* worden beschouwd, zoals blijkt uit D. 45,1,75,7 en D. 45,1,4,1. Maar ook al heb ik gezegd dat men alle zaken kan

67 Zie de *formula* van de *condictio triticaria*, *supra*, p. 13, n. 24.

68 Gl. ‘Rem autem suam’ ad D. 13,3,1,1, f. 215 r^o a: ‘Quid de possessione rei sue, quanti Titius habet. Respondeo illam condici cum nomen rei, de qua supra dixit ipsam contineat. Azo. Item quod dicit suam rem non posse condici est generale in qualibet condi[c]tione, ut supra usufr. quemad. ca l. fi.’

69 Zie ook de gl. ‘Possessionem’ ad D. 13,3,2, f. 215 r^o b: ‘Scilicet tantum, sed qui est dominus, multo magis ipsam possessionem poterit condicere, ut supra l. proxi. § “Generaliter.”’ (‘Namelijk het enkele bezit, maar degene die eigenaar is, zal veel meer het bezit zelf kunnen condiceren, zoals blijkt uit D. 13,3,1 *pr.*, vanaf “Generaliter.”’). Zie voor de tekst van D. 13,3,2, *supra*, p. 82, n. 400.

70 Azo’s belangrijkste werk is de *Summa Codicis*; zie hierover Lokin & Zwolve, *Codificatiegeschiedenis*, p. 156; Lange, *Die Glossatoren*, p. 262.

71 In het *ius commune* wordt regelmatig verwezen naar het laatste deel van D. 13,3,1 *pr.* dat begint met het woord ‘generaliter,’ maar niet afzonderlijk is genummerd.

vorderen, toch wordt er hierbij een onderscheid gemaakt tussen lichamelijke en onlichamelijke zaken; lichamelijke zaken eisen wij juist op wanneer ze niet van ons zijn, behalve in de gevallen zoals in D. 13,3,1 *pr.* en D. 13,3,2; onlichamelijke zaken eisen wij ook op als ze van ons zijn, en niet alleen als ze aan ons verschuldigd zijn, zoals wordt bewezen door D. 13,3,1 *pr.*, § “generaliter” *if.*, hetgeen ook volgt uit hetgeen de volgende paragraaf, D. 13,3,1,1, in verbinding hiermee zegt, welke wet immers zegt dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren.⁷²

Azo geeft in deze tekst een ruime omschrijving van de ‘zaken’ die met de *condictio triticaria* kunnen worden gecondiceerd. Azo verduidelijkt dat zowel lichamelijke en onlichamelijke zaken onder het begrip ‘zaak’ moeten worden geschaard. Ook de Instituten maken een onderscheid tussen lichamelijke zaken, zoals een landgoed, en onlichamelijke zaken, zoals een recht van vruchtgebruik of een verbintenis.⁷³ Uitgedrukt in termen van het huidige recht zou men kunnen zeggen dat goederen kunnen worden onderverdeeld in zaken en vermogensrechten.⁷⁴ Azo onderscheidt vervolgens tussen de mogelijkheid om lichamelijke en de onlichamelijke zaken te condiceren. Een eiser kan niet een lichamelijke zaak condiceren, die aan hem toebehoort; hierin ziet men de hoofdregel terug dat men niet de eigendom kan vorderen van een zaak waarvan men reeds eigenaar is.⁷⁵ Vervolgens stelt Azo dat een eiser wél een onlichamelijke zaak kan condiceren die aan hem toebehoort. Hij geeft echter niet een duidelijk voorbeeld van een geval waar men hierbij aan kan denken. Wellicht kan men zich dit zo voorstellen dat een eiser bijvoorbeeld het bezit van een zaak vordert waarvan hij zelf reeds eigenaar is. Dit bezit zou dan als een onlichamelijke zaak worden gekenmerkt. Hoewel Azo niet het bezit van een zaak als een te condiceren onlichamelijke zaak bestempelt, is dat nog maar een kleine stap, zeker nu hij stelt dat de *condictio* ook beschikbaar is om een *incertum* zoals een dienstbaarheid op te vorderen, en het bezit van een zaak ook als een *incertum* wordt opgevat.

72 Azo, *Summa Digestorum*, ad D. 13,3: ‘[3] Habet autem locum ista condictio, ubicunque res aliqua petitur, ut nomen rei, sicut est eius propria et larga significatio, corporalia et incorporalia omnia continet, excipiatur sola pecunia numerata, ut ff. eodem lege i. primo responso. § “Generaliter” et insti. de reb. incor. primo respon. [...] [3] [...] Per hanc etiam servitutes, ut diximus, quae res incertae dicuntur, ut ff. de v. ob. l. “Ubi autem non” § “Qui id quod” et l. iiiii, § “Cato.” Licet autem dixerim omnes res peti posse, quo ad quid tamen distinguitur inter corporalia et incorporalia; corporalia enim ita demum petimus, si non sint nostra, nisi in casibus ut infra e.l. 1 § ul. et l. ii. Incorporalia etiam si nostra sint non solum si nobis debita ut probatur infra eo. l. 1 et § “Generaliter” in fi., quod etiam denotat sequentis § adverbativa coniuncto, autem ait enim, “Rem autem suam” etc.’

73 Titel I. 2,2: ‘De rebus incorporalibus.’

74 Art. 3:1 BW.

75 Men vindt de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, bij Azo op de plaatsen waar men deze regel verwacht, overigens niet terug – niet in deze *summa*, noch in zijn *summa* over de garanties die de vruchtgebruiker moet afgeven (Azo, *Summa Digestorum*, ad D. 7,9), noch in het kader van de Instituten (Azo, *Summa Institutionum*, ad I. 4,6).

Accursius neemt het betoog van Azo over dat de *condictio* op lichamelijke en onlichamelijke zaken gericht kan zijn. Inderdaad stelt de glosse dat het bezit van een zaak onder de te condiceren vermogensrechten valt. Waar de eerste helft van de glosse ‘Nisi furi,’ zoals wij zagen,⁷⁶ de diefstal-uitzondering slechts extensief interpreteert, houdt het vervolg een aanmerkelijke uitbreiding in van het toepassingsgebied van de *condictio*. De glosse werpt immers de vraag op of het bezit van een zaak in het algemeen kan worden gecondiceerd, ook wanneer de gedaagde geen dief is:

Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12 (vervolg): ‘Maar kan ik dan niet het bezit van mijn zaak condiceren, dat iemand anders heeft, ook al is diegene geen dief? Ik antwoord dat ik dit kan door middel van de *condictio triticaria*, aangezien immers alle zaken kunnen worden gecondiceerd, zoals blijkt uit D. 13,3,1 *pr.*, § “generaliter,” en het bezit is een zaak, zoals blijkt uit titel I. 2,2; dus kan [het bezit] zelf worden gecondiceerd. Het is immers zeker dat hetgeen wordt gecondiceerd, namelijk het bezit zelf, niet van mij is. De eigendom, die van mij is, kan ik echter niet condiceren, zoals blijkt uit deze tekst en uit I. 4,6,14.’⁷⁷

Ook uit deze glosse volgt dat een ‘zaak’ (*res*) kan worden gecondiceerd en dat hiermee ook op een onlichamelijke zaak, wordt bedoeld – dit maakt de verwijzing naar Instituten-titel 2,2 duidelijk. Het bezit van een zaak valt dus onder deze ruime betekenis van het begrip ‘zaak.’ *Possessio est res*, zo stelt de glosse ‘Nisi furi.’ Wij zouden zeggen: het bezit van een zaak is een vermogensrecht, en dit vermogensrecht kan zelfstandig voorwerp zijn van de *condictio*. Het is goed om in herinnering te brengen dat de tekst van Ulpianus, die door de glosse ‘Nisi furi’ schijnbaar wordt verklaard, op zichzelf geen aanleiding geeft tot deze uitbreiding van het toepassingsgebied van de *condictio* die er door de glosse in wordt gelezen. Ulpianus werpt in deze tekst immers de vraag op of de vruchtgebruiker die geweigerd had een garantie (*cautio*) af te geven, door de eigenaar niet alleen kon worden aangesproken met de *rei vindicatio*, maar ook met de *condictio*.⁷⁸ Naar aanleiding hiervan overweegt Ulpianus dat ‘niemand zijn eigen zaak met de *condictio* kan opeisen, behalve van een dief.’ Hoewel Ulpianus dus ontkent dat buiten het geval van diefstal de mogelijkheid bestaat om het bezit van een zaak te vorderen, grijpt Accursius deze tekst aan – als het ware bij wijze van *obiter dictum* – om precies dat mogelijk te maken. De glosse volgt hiermee de opvatting van Azo dat de *condictio triticaria* ter beschikking staat van iemand die een vermogensrecht, waaronder hij óók het bezit van een zaak verstaat,

76 *Supra*, n. 40.

77 Gl. ‘Nisi furi’ ad D. 7,9,12, f. 104 v^o: ‘Sed nunquid possessionem rei mee, quam alius habet, possum condicere etiam a non fure? Respondeo possum per triticariam, cum enim omnes res condicantur: ut infra de triti. l. 1 § “Et generaliter” et possessio est res: ut insti. de rebus corpo. et incorpo ergo ipsa condicatur. Sed certe quod condicatur, non est meum, scilicet, ipsa possessio. Proprietatem autem, que est mea, non possum condicere, ut hic et insti. de acti. § “Sic itaque” ac.’

78 Zie § 2.2.6, *supra*, p. 25.

wenst te condiceren. Deze glosse beantwoordt de rechtsvraag dus op een manier die in strijd komt met de geglosseerde tekst zelf.⁷⁹

In het slot van deze glosse gaat Accursius in op de voor de hand liggende tegenwerping tegen de nieuwe leer: als de eigenaar in het algemeen, en niet alleen in het geval van diefstal, een *condictio* kan instellen met betrekking tot zijn eigen zaak, hoe valt dit te rijmen met de regel dat een eigenaar zijn eigen zaak alleen van een dief kan condiceren? De glosse redt zich uit dit conflict door deze regel zo te interpreteren dat niemand de *eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. En volgens de uitbreiding van de glosse 'Nisi furi' wordt niet de eigendom gecondiceerd, maar het bezit. De *condictio* stelt de eiser op deze wijze in staat om een goederenrechtelijke positie te verkrijgen die hij niet heeft. De mogelijkheid om te condiceren is daarmee slechts gelimiteerd in die zin dat iemand niet kan procederen teneinde een goederenrechtelijke positie te verkrijgen die hij reeds heeft. De eigenaar kan dus niet de eigendom condiceren, en de bezitter niet het bezit. Ter ondersteuning van deze uitleg verwijst de glosse naar I. 4,6,14 over de *condictio furtiva*⁸⁰ zodat de nieuwe regeling in overeenstemming lijkt te zijn met hetgeen Justinianus in die tekst opmerkt. Maar goed beschouwd wordt deze tekst gereduceerd tot wat wij zouden beschouwen als het beginsel dat iemand een belang moet hebben bij zijn actie.

De vraag rijst dus hoe de glosse op I. 4,6,14 met de nieuwe leer omgaat. In het voorgaande zagen wij reeds dat de gl. 'In rem actio' 'soms' de mogelijkheid opent dat een bezitter te goeder trouw met de *condictio* kan worden aangesproken.⁸¹ Deze glosse vervolgt:

Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14 (vervolg): 'Maar is het niet mogelijk dat iemand een eigen zaak met de *condictio sine causa* kan opvorderen, zelfs van iemand die geen dief is, op grond van de gehele titel D. 12,7 over de *condictio sine causa*? – Ik antwoord in overeenstemming met degenen [die menen] dat de *condictio* die hier wordt genoemd een persoonlijke actie is, maar toch niet één waarmee wordt geëist dat iets in eigendom wordt overgedragen. – Anderen zeggen dat als zich ergens het geval voordoet dat de *condictio sine causa* ter beschikking zal staan voor iemands eigen zaak, dit als een op het geval toegesneden *condictio* (*condictio utilis*) moet worden begrepen.'⁸²

79 Reeds Boncompagno da Signa, een tijdgenoot van de glossatoren, schrijft in een *invectiva contra glossatores* over dit gebruik van de glossatoren om de *simplicitas* van een tekst uit het Corpus Iuris in een *duplicitas* te veranderen. Cf. Lange, *Die Glossatoren*, p. 458, over het betoog van Boncompagno tegen de gewoonte van de glossatoren het gedachtegoed van anderen over te nemen.

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

81 *Supra*, n. 63.

82 Gl. 'In rem actio' ad I. 4,6,14, f. 58 v^o: 'Sed nunquid rem suam potest quis etiam a non fure per condictio sine causa repetere, ut ff. de condi. sine causa per totum. – Respondeo secundum quosdam ibi dicitur condi[c]tio, id est actio personalis, non tamen talis per quam intendatur ut aliquid detur. – Alii dicunt quod si alicubi inveniatur condi[c]tio sine causa, pro sua competeret de utili intelligendum est.'

Ook hier werpt de glosse de vraag op of een eigenaar zijn eigen zaak kan condiceren, zij het dat hiervoor niet de *condictio triticaria* wordt aangegrepen, zoals het geval was in de glosse 'Nisi furi,' maar de *condictio sine causa*.⁸³ Deze glosse geeft weer dat er debat bestond over de vraag hoe de *condictio* die een eigenaar met betrekking tot het bezit van zijn zaak instelde tegen een bezitter *te goeder trouw*, moest worden geduid. De glosse verwijst ten eerste naar de opvatting dat de *condictio sine causa* géén *condictio* is die per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Daarnaast noemt de glosse de opvatting van 'anderen' (*alii*) dat hier sprake is van een op het geval toegesneden *condictio*, een *condictio utilis*. Het verschil tussen beide oplossingen is subtiel. Weliswaar wordt in beide gevallen aanvaard dat ook van de bezitter *te goeder trouw* kan worden gecondiceerd, maar het verschil is gelegen in de vraag of dit als een normale verschijningsvorm van de *condictio sine causa* wordt beschouwd. Volgens de eerste opvatting is dit het geval, terwijl de *condictio sine causa* volgens de tweede opvatting nog steeds in principe een actie is die op eigendomsoverdracht is gericht, zij het dat een op het geval toegesneden actie ter beschikking kan worden gesteld om alsnog het bezit van een zaak te kunnen condiceren.⁸⁴ De glosse sluit zich aan bij de eerste opvatting en stelt zich zo op het standpunt dat een eiser met de *condictio sine causa* het bezit kan vorderen van een zaak waarvan hij reeds eigenaar is, óók wanneer de gedaagde geen dief is.

§ 3.2.5 Slot

Accursius handhaaft de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht en stelt deze opvatting aan de basis van het betoog dat ook een putatieve titel als *iusta causa* van eigendomsoverdracht kan dienen. Enerzijds vindt de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren daarmee stellige bevestiging, ook al kent de glosse de uitzondering voor diefstal; maar anderzijds stelt de glosse dat het bezit ook buiten gevallen van diefstal gecondiceerd kan worden. Reeds in het klassieke Romeinse bestonden hier aanwijzingen voor, maar de glosse stelt in het algemeen dat het bezit een 'vermogensrecht' (*res*) is dat voorwerp van de *condictio* kan zijn. Ondanks deze ontwikkeling neemt de regel van Ulpianus dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, in de glosse nog steeds een centrale plaats in. Om het conflict tussen deze regel en de *condictio* voor het bezit van een zaak op te lossen interpreteert de glosse 'Nisi furi' deze regel echter in die zin dat niemand *de eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren, maar dat men wel het bezit van zijn eigen zaak kan condiceren door middel van de *condictio triticaria*. De regel van Ulpianus krijgt hierdoor de betekenis

83 De *condictio sine causa* wordt door Accursius beschouwd als 'algemene' *condictio* die met de andere *condictiones* kon samenlopen; zie gl. 'Est et haec species' ad D. 12,7,1 *pr.* Zie over deze rol die de glosse aan de *condictio sine causa* toedicht: Söllner, *SZ* 77, p. 194.

84 Cf. *de rei vindicatio utilis* in het klassieke Romeinse recht, § 2.7, *supra*, p. 94.

dat niemand met de *condictio* kan vorderen dat hem een goederenrechtelijke positie – die van bezitter of eigenaar – wordt verschafte die hij reeds heeft.

Men ziet dat in de glosse op twee gedachten hinkt. De *condictio* is enerzijds principieel op eigendomsoverdracht gericht, maar men kan daarnaast met deze actie het bezit van zijn eigen zaak opvorderen, zelfs buiten gevallen van diefstal. De vraag rijst daarom of andere juristen in het *ius commune* de contradictie die in de glosse ligt besloten, hebben weten te ontwarren.

§ 3.3 DINUS DE MUGELLO

§ 3.3.1 Inleiding

In het *ius commune* zijn vele commentaren geschreven op de Instituten, en in het bijzonder op de titel *De actionibus* (I. 4,6).⁸⁵ Als voorbeeld van dit genre wordt in deze en de volgende paragraaf aandacht besteed aan Dinus de Mugello en Jacques de Révigny, twee dertiende-eeuwse commentatoren die, net zoals de glossatoren, hebben getracht het probleem op te lossen van de *condictio* die de eigenaar tegen een dief kon instellen. Eerst wordt het commentaar van Dinus op I. 4,6 besproken (§ 3.3.2), vervolgens de *lectura* van Révigny op die titel (§ 3.4.2).

§ 3.3.2 Commentaar op titel I. 4,6 *De actionibus*

Het zelfstandig uitgegeven commentaar van Dinus de Rossonis Mugellanus (Dinus de Mugello; c. 1250–1298/1303)⁸⁶ op I. 4,6 (*De actionibus*)⁸⁷ geeft inzicht in de moeilijkheden die de commentatoren bleven houden met de *condictio* tegen de dief. Uit Dinus' beschouwing over de *condictio furtiva* blijkt dat de glosse niet het eindpunt was van de rechtsontwikkeling in het *ius commune*. Dinus gaat in op de eerste van de twee verklaringen die de glosse geeft van de *condictio* tegen de dief – de verklaring die suggereert dat de *condictio furtiva* als een bijzonder geval moet worden beschouwd waarmee geen afbreuk wordt gedaan aan de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht. Hiermee neemt Dinus geen genoegen. De volgende passage over de *condictio furtiva* geeft blijk van zijn frustratie over de verklaring van de glosse:

Dinus ad I. 4,6,14: 'Hier wordt nogal subtiel gesproken en toch zegt [de glosse] niets. Als naar deze toepassing van de *condictio* wordt gekeken, dan is wat deze tekst zegt niet waar; als ik niet kan eisen dat een bepaalde zaak aan mij

85 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 182–83.

86 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 445.

87 Dinus, *De actionibus*; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 457. Het hier geciteerde commentaar op I. 4,6,14 zou niet door Dinus zelf zijn uitgegeven, maar gebaseerd zijn op een collegeverslag van één van zijn studenten.

wordt toegewezen, zou de tekst ten onrechte zeggen [dat dit kan], terwijl het niet mogelijk is te eisen dat mijn zaak aan mij wordt overgedragen. Dit gaat niet op bij de *condictio furtiva* waarbij ik eis dat een zaak aan mij wordt overgedragen; en dit is een geldige eis. Volgens deze tekst is dit een terechte eis: en toch is dit zo dwaas, dat het niet dwazer kan zijn. Als ik van een dief stipuleer dat mijn zaak aan mij wordt overgedragen, dan is deze *stipulatio* niet werkzaam omdat mijn zaak niet nog meer van mij kan worden.⁸⁸

Dinus bekritiseert in dit fragment de eerste ‘verklaring’ die de glosse ‘Si apparet’⁸⁹ geeft van de *condictio* tegen de dief. Waar Accursius stelt dat de *condictio* eigendomsoverdracht beoogt, zodat het ‘wonderlijk’ (*mirabilis*) is dat ook een dief met deze actie kan worden aangesproken, en waarbij geen poging wordt gedaan om deze toepassing van de *condictio* met de hoofdregel te verenigen, vindt Dinus het ‘dwaas’ (*inepta*) om deze tegenspraak in stand te laten. Over het betoog van de glosse oordeelt hij dan ook:

Dinus ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Alle woorden van de glosse zijn overbodig. Voor mijn eigen zaak wordt er geen enkele actie gegeven om eigendomsoverdracht te vorderen, niet tegen een dief, en niet tegen iemand anders, omdat mijn eis tegenstrijdig zou zijn: en zo zegt de tekst dit.’⁹⁰

In deze passage stelt Dinus dat niemand eigendomsoverdracht kan vorderen van een zaak waarvan hij reeds eigenaar is.⁹¹ Hij wijst hiermee de eerste ‘verklaring’ die de glosse van de *condictio* tegen de dief geeft, van de hand. Hoe kan de *condictio furtiva* dan in overeenstemming worden gebracht met de hoofdregel dat de *condictio* op eigendomsoverdracht is gericht?

Dinus ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Maar de *condictio furtiva* wordt ingesteld vanwege de eigendom die zich bij de eiser bevindt, en in dit opzicht is de *condictio* tegen de dief bijzonder.’⁹²

88 Dinus ad I. 4,6,14, f. 114 v^o: ‘Hic loquitur aliquantulum subtiliter et tamen dicit nihil: si fieret relatio ad speciem [f. 115 r^o] textus non diceret verum, si non possum peteret rem mihi aliquo iure assignari, male diceret, si non posse petere rem meam mihi dari. Fallit in conditione furtiva, in qua peto rem mihi dari, et est utilis petitio. Sed secundum istud videretur recta petitio, et tamen est ita inepta, quod non posset esse ineptior. Si stipulor a fure rem meam mihi dari, stipulatio est inutilis propter ratione quae est hic, quia res mea non potest ulterior fieri mea.’

89 Zie de gl. ‘Si apparet’ ad I. 4,6,14, *supra*, n. 54.

90 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 r^o: ‘Unde omnia verba glossa sunt supervacua. Pro re mea mihi danda nulla actio mihi datur, nec contra furem, nec contra alium, quia essem mihi contrarius, et ita loquitur textus.’

91 In gelijke zin Dinus ad I. 4,6,14, f. 113 v^o: ‘quia dare est accipientis facere et quod meum est, non potest ulterius fieri meum, et ita loquitur hic.’ (‘Omdat overdragen betekent dat de zaak aan de accipiënt in eigendom gaat toebehoren; wat van mij is, kan niet nog meer van mij worden gemaakt, en dat zegt de tekst hier.’)

92 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o: ‘Sed condictio furtiva proponitur ratione proprietatis ad peti-torem pertinentis: et in hoc est speciale in ea contra furem.’

Wij zagen reeds dat volgens Dinus elke *condictio* ter beschikking staat tegen de dief, en niet alleen de *condictio furtiva* – dit kwam door de *degeneratio* van de *condictio* wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld.⁹³ Uit dit citaat blijkt verrassend genoeg dat de *condictio furtiva* in de beschouwing van Dinus haar uitzonderlijke karakter toch heeft weten behouden. De *condictio furtiva* blijkt immers de enige *condictio* te zijn die wordt ingesteld ‘vanwege de eigendom die zich bij de eiser bevindt’ (*ratione proprietatis ad petitem pertinetis*). Dinus ziet het uitzonderlijke karakter van de *condictio furtiva* niet in het feit dat de eiser bezitsverschaffing in plaats van eigendomsoverdracht vordert, maar in het feit dat bij uitzondering een eigenaar actief is gelegitimeerd tot de *condictio*. Dinus benadrukt weliswaar dat een eigenaar geen eigendomsoverdracht van zijn eigen zaak kan vorderen, maar hij stelt niet dat de *condictio* een actie is waarmee de eiser per definitie eigendomsoverdracht vordert. Dit betekent dat een eiser met de *condictio* ook in andere gevallen, behalve diefstal, het bezit van een zaak kan vorderen. Inderdaad erkent Dinus deze oplossing in het vervolg van zijn commentaar:

Dinus ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Op al deze tegenwerpingen antwoordt de glosse door te stellen dat ik tegen wie dan ook de *condictio indebiti* en de *condictio triticaria* kan instellen vanwege het bezit. Maar het is niet mogelijk dat ik tegen iemand de persoonlijke actie met betrekking tot de eigendom kan instellen, behalve door middel van de *condictio furtiva*.’⁹⁴

Dinus volgt hierbij de tweede oplossing die de glosse ‘Si apparet’ aandraagt ter verklaring van de *condictio furtiva*, die waarbij de *condictio* ook op de ‘overdracht’ van het bezit kan zijn gericht. Wij zien dus dat het commentaar van Dinus leidt tot de situatie dat de *condictio* in het algemeen beschikbaar is om het bezit van een zaak te vorderen. De *condictio furtiva* behoudt haar bijzondere positie, niet omdat dit de enige *condictio* is waarbij geen eigendomsoverdracht wordt gevorderd, maar omdat volgens Dinus dit de enige *condictio* is die *ratione proprietatis* ter beschikking wordt gesteld, waarbij de eiser een beroep doet op zijn eigendomsrecht.

93 *Supra*, n. 45.

94 Dinus ad I. 4,6,14, f. 115 v^o: ‘Ad omnes istas oppositiones respondet glossa et dicit, quod ego possum proponere conditionem indebiti et triticaria contra quemlibet ratione possessionis. Sed quod ego possum proponere contra aliquem actionem personalem, ratione proprietatis, hoc [f. 116 r^o] non est invenire, nisi in conditione furtiva.’

§ 3.4 JACQUES DE RÉVIGNY

§ 3.4.1 Inleiding

Ook Jacques de Révigny (1230/40–1296⁹⁵) heeft in een *lectura*⁹⁶ de titel *De actionibus* in de Instituten becommentarieerd (§ 3.4.2).⁹⁷ Daarnaast is ook zijn, niet in druk verschenen, *lectura* op het *Digestum vetus* geraadpleegd (§ 3.4.3). Waar de *lectura* op de Instituten het probleem van de *condictio furtiva* bespreekt, komt in de *lectura* op het *Digestum vetus* de mogelijkheid aan de orde om het bezit van een zaak te kunnen condiceren.

§ 3.4.2 *Lectura* op titel I. 4,6 *De actionibus*

Ook Révigny gaat in op de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief,⁹⁸ en bespreekt in zijn *lectura* op titel I. 4,6 *De actionibus* de verschillende opvattingen die door andere hoogleraren op deze tekst zijn gegeven:

Révigny ad I. 4,6,14: ‘Deze doctoren vatten, ook op grond van de voornoemde wet [D. 7,9,12], deze regel samen: elke *condictio*, behalve de *furtiva*, is niet verenigbaar met het eigendomsrecht. Ik zeg dat dit onjuist is, omdat de woorden van de wet, hier [in I. 4,6,14] en in D. 7,9,12 [weliswaar] juist zijn, maar hun woorden [dus de woorden van de hoogleraren] verkeerd zijn; toch wordt de algemene *condictio certi* aan de eigenaar gegeven tegen de dief, net zoals ook de *condictio furtiva* aan de eigenaar wordt gegeven tegen de dief.’⁹⁹

Révigny aanvaardt de tekst van de Instituten, maar trekt de commentaren op deze wet in twijfel. Na te hebben betoogd dat elke *condictio* ‘degenereert’ wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld,¹⁰⁰ trekt Révigny toch de logica van de Instituten-tekst in twijfel:

95 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 519, 523.

96 Tussen een *lectura* en een commentaar bestaan geen verschillen in behandelingswijze van de stof; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 356.

97 De teksteditie van de *lectura* op de titel *De actionibus* is bezorgd door Van Soest-Zuurdeeg; zie ook Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 542–43.

98 Zie reeds *supra*, n. 36.

99 Révigny ad I. 4,6,14; in de teksteditie van Van Soest-Zuurdeeg, *La Lecture*, p. 224–25, r. 27–32: ‘Colligunt hic doctores, et ex lege preallegata, istam regulam: quod omnis *condictio*, preter *furtivam*, abhorret dominium. Ego dico quod hoc falsum est, unde uerba legis, hic et ff. *usufr. quemadm. caue. l. ult.*, uera sunt, set uerba eorum falsa sunt; ymo certi *condictio generalis* datur contra furem, sicut et *furtiva condictio* datur domino contra furem.’

100 Révigny ad I. 4,6,14, p. 225, r. 32–42; zie hierover, *supra*, n. 46.

Révigny ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Dat onze tekst¹⁰¹ niet in stand kan blijven, bewijs ik aldus: je zegt dat het een regel is dat niemand procedeert vanwege zijn eigen zaak, opdat de wederpartij eigendom moet overdragen; dit gaat tegen een dief niet op. Stel: ik procedeer tegen een dief; de zaak was van mij op het moment van de diefstal en zij is nu van mij; het is dus onmogelijk dat [de dief] verplicht is haar aan mij in eigendom over te dragen omdat het onmogelijk is dat wat van mij is aan mij in eigendom wordt overgedragen, zoals uit deze tekst blijkt en uit D. 41,3,4,19.’¹⁰²

Révigny noemt vervolgens enkele oplossingen die door verschillende juristen naar voren zijn gebracht ter verklaring van deze *condictio furtiva*. Enkele daarvan zijn dat uit afkeer van dieven zou moeten worden gefingeerd dat zij tot eigendomsoverdracht in staat zouden zijn,¹⁰³ en dat de verplichting tot het verrichten van een *datio* er één zou zijn tot het verschaffen van het bezit.¹⁰⁴ Révigny verwierpt echter alle theorieën met de woorden: ‘Alles wat is gezegd gaat niet op.’¹⁰⁵ De oplossing die hij vervolgens zelf aandraagt legt de nadruk op het feit dat de *eigenaar* tot de *condictio furtiva* is gerechtigd:

Révigny ad I. 4,6,14 (vervolg): ‘Ik geef toe dat een dief alleen op oneigenlijke wijze gehouden kan zijn tot eigendomsoverdracht. Dit is de reden van deze oneigenlijkheid: degene die procedeert met de *condictio furtiva* zegt dat hij eigenaar is en dat de zaak, ten minste gedeeltelijk, aan hem toebehoort, omdat zij immers aan hem is onvreemd en omdat zij van hem is. En daarom wordt de dief, die wordt veroordeeld tot restitutie, jegens de eigenaar veroordeeld opdat deze in staat wordt gesteld zijn eigen zaak te hebben. En uit D. 13,1,1 volgt dat jij deze *condictio* vanwege het eigendomsrecht hebt. – Met betrekking tot andere persoonlijke acties geldt dat geen restitutie wordt gevorderd vanwege het feit dat de eiser eigenaar is; zo procedeert de eigenaar in geval van bruikleen tot restitutie van zijn eigen zaak, maar niet omdat de zaak van hem is; de actie uit bruikleen staat aan mij ter beschikking opdat aan mij gerestitueerd wordt, niet omdat deze zaak aan mij in eigendom toebehoort, hetgeen ook volgt uit D. 13,6,16. En de *condictio furtiva* wordt oneigenlijk genoemd, omdat deze ter beschikking wordt

101 Dat wil zeggen de behandelde tekst van de Instituten; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 524.

102 Révigny ad I. 4,6,14, p. 225, r. 43–48: ‘Quod littera nostra non possit stare, probo sic: dicis regulam esse quod nemo agit pro re sua ut dicat aduersarium dare oportere; fallit contra furem. Pone: ago contra furem; res erat mea tempore furti et est mea nunc; ergo impossibile est quod debeat eam michi dari, quia impossibile est quod michi detur ex quo mea est, ut hic et ff. de usuc. l. “Sequitur” § “Lana.”’ De verwijzing naar deze laatste tekst, over een dief die geen verjaringsbezitter wordt van de wol van het schaap dat hij heeft gestolen en geschoren, is wonderlijk.

103 Révigny ad I. 4,6,14, p. 225, r. 48–54.

104 Révigny ad I. 4,6,14, p. 226, r. 77–81. Deze oplossingen hebben een lange doorwerking gehad; zie respectievelijk de opvatting van de d’Ors, *supra*, p. 28, n. 122, en de vergelijkbare opvatting van Liebs, *supra*, p. 30, n. 129.

105 Révigny ad I. 4,6,14, p. 226, r. 82: ‘Omnia que dicta sunt non valent.’

gesteld vanwege het feit dat [de eiser] eigenaar is en vanwege het feit dat het zijn eigen zaak is en dat iemand anders deze zaak niet aan hem in eigendom kan overdragen.¹⁰⁶

Dit is een wonderlijk betoog. Révigny werpt de vraag op waarin precies het 'oneigenlijke' karakter van de *condictio furtiva* is gelegen. Hiertoe vergelijkt hij deze *condictio* met de *actio commodati*. Beide acties hebben volgens Révigny met elkaar gemeen dat een eigenaar procedeert tot restitutie van een zaak die aan hem toebehoort, maar wat beide acties volgens hem van elkaar onderscheidt is dat de eiser alleen in het geval van de *condictio furtiva* een *beroep* doet op zijn eigendomsrecht. Ter ondersteuning wijst Révigny op de tekst waaruit volgt dat de *actio commodati* ook aan een niet-eigenaar ter beschikking staat.¹⁰⁷ Op zichzelf is dit juist. Het klopt dat de eigenaar, in beginsel,¹⁰⁸ tot de *condictio furtiva* is gerechtigd, en dat ook een niet-eigenaar tot de *actio commodati* kan zijn gerechtigd. Het probleem van deze vergelijking is echter dat het bijzondere karakter van de *condictio furtiva* er niet door wordt verklaard. Het bijzondere karakter van de *condictio furtiva* is er, van oorsprong, immers in gelegen dat deze *condictio*, anders dan normaal gesproken het geval is bij de *condictio*, geen eigendomsoverdracht beoogt. Dit komt echter niet tot uiting door andere persoonlijke acties, zoals die uit bruikleen, aan te voeren, die evenmin tot eigendomsoverdracht strekken.¹⁰⁹ Deze vergelijking waarbij de eiser weliswaar in beide gevallen eist dat de zaak aan hem wordt gerestitueerd, maar zich alleen bij de *condictio furtiva* beroept op zijn eigendomsrecht, heeft, anders gezegd, het zicht ontnomen op het feit dat de *actio commodati* nooit eigendomsoverdracht beoogt, en de *condictio* in principe wel, maar alleen in dit uitzonderingsgeval niet.¹¹⁰

106 Révigny ad I. 4,6,14, p. 226, r. 88–100: 'Concedo quod fur non tenetur dare nisi improprie. Ecce ratio improprietatis: qui agit condicione furtiua dicit se dominum et sic rem suam, ad minus pro parte, scilicet quia subrepta et quia sua; et ideo fur, qui condempnatur ad restitutionem, domino condempnatur ut patiat rem suam habere. Et quod competit ratione dominii habes ff. de cond. furtiua l. 1. – In aliis actionibus personalibus agitur ad restitutionem non quia dominus, ut in commodato agit dominus ad restitutionem rei sue set non quia dominus; unde competit actio commodati michi ut michi restituatur res mea set non quia mea, quoniam et alius quam dominus agit commodati, ut ff. commo. l. "Ita ut si fur." Et ideo condictio furtiua, quia competit alicui ratione qua dominus est et ratione qua res est sua et alicui res sua dari non potest, ideo improprie dicitur quis dare in actione furtiua.'

107 De actie uit bruikleen staat ook aan een niet-eigenaar ter beschikking, zoals volgt uit D. 13,6,16, de tekst waarnaar Révigny verwijst.

108 Zie de nuancering hierop in § 2.3.5, *supra*, p. 40.

109 De vraag naar het eigendomsrecht op de in bruikleen gegeven zaak komt in de *actio commodati*, in tegenstelling tot de *condictio*, niet aan de orde.

110 Ook hier spreekt Révigny bewust niet van een *condictio furtiva*; zie Révigny ad I. 4,6,14, r. 32, en *supra*, n. 46.

Uit deze vergelijking tussen de *condictio furtiva* en de *actio commodati* blijkt dus dat Révigny, net zoals Dinus, in het geheel niet geïnteresseerd is in het *petitum* van de *condictio furtiva*, te weten bezitsverschaffing in plaats van eigendomsoverdracht, maar vooral in de actieve legitimatie tot deze actie, namelijk het eigendomsrecht dat de eiser op de zaak beweert te hebben. Het 'oneigenlijke' karakter van de *condictio* tegen de dief is dus ook volgens Révigny niet gelegen in het feit dat deze *condictio* bij uitzondering geen eigendomsoverdracht beoogt, als wel in de actieve legitimatie van de eiser, dus in het feit dat de eigenaar procedeert *omdat* hij eigenaar is (*ratione qua dominus est*). Hoewel de betogen van Révigny en Dinus van elkaar verschillen, valt hier dus wel degelijk een gemeenschappelijke lijn in te ontdekken.

§ 3.4.3 *Lectura* op het *Digestum Vetus*

Ook in zijn *lectura* op de titel *De actionibus* behandelt Révigny de *condictio furtiva*, maar geeft hierin geen blijk of hij ook buiten het geval van diefstal een *condictio* toekent voor het bezit van een zaak. De glosse beantwoordt deze vraag in bevestigende zin, zoals reeds is gebleken.¹¹¹ In zijn *lectura* op het *Digestum vetus*¹¹² gaat Révigny in op het betoog van de glosse:

Révigny ad D. 7,9,12: 'De glosse werpt de vraag op of ik het bezit van mijn zaak kan condiceren dat een ander zonder grond heeft; de glosse zegt dat dit kan omdat het bezit niet van mij is, maar dat ik mijn eigen zaak, omdat deze van mij is, niet kan condiceren, behalve van een dief. Ik begrijp dit zo dat ik het bezit van mijn eigen zaak kan condiceren van een dief of van iemand die mij heeft verdreven, of dat ik op deze manier het bezit van mijn zaak kan condiceren dat zonder reden bij iemand anders terecht is gekomen.'¹¹³

111 Zie de gl. 'Nisi furi,' *supra*, n. 77.

112 De *lectura* van Révigny op het *Digestum Vetus* (*Lectura super Digesto veteri*) is niet in druk verschenen en in slechts twee handschriften overgeleverd, die zich in Leiden en Napels bevinden. Het Leidse handschrift is het meest volledige en dateert van het einde van de dertiende eeuw. Het is afkomstig uit de collectie van W.M. D'Ablaing (1851–1889) en staat bekend onder de naam 'D'Ablaing 2'; zie Boeren, *Catalogue*, p. 7–10; Meijers, *Études* III, p. 71–72; Bezemer, *Les répétitions*, p. 88–92; Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 543. Ter gelegenheid van het afscheid van Kees Bezemer van de afdeling Historische Ontwikkeling van het Recht is het handschrift in september 2017 gedigitaliseerd. In de catalogus van de UB is het te vinden via het kenmerk 'ABL 2.'

113 Révigny ad D. 7,9,12, f. 158 r° b: 'Querit hic glossa possessionem [handschrift: "positionem"] rei mee quam alius habet sine causa numquid possum condicere [handschrift: "adicere"]; glossa dicit quod sic quia possessio mea non est, sed rem meam cum sit mea non possem nisi a fure. Intelligo sic possessionem rei mee possum condicere a fure vel ab eo qui vi me deiecit vel sic possessionem rei mee, que a me sine causa ad alium pervenit possum condicere.'

Uit deze passage volgt dat Révigny de opvatting van de glosse deelt: de *condictio* kan ook worden ingezet om het bezit van een zaak te vorderen, niet alleen van een dief of degene die de eiser van zijn landgoed heeft verdreven, maar ook van degene bij wie het ‘zonder reden’ terecht is gekomen (*que a me sine cause ad alium pervenit*). Maar hoe verhoudt deze *condictio possessionis* zich tot de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren behalve van een dief? In het kader van de bekende tekst over de pandhouder die aansprakelijk kan worden gesteld op grond van de *condictio* overweegt Révigny:

Révigny ad D. 12,1,4,1: ‘Deze paragraaf stelt dat het na voldoening van de geldsom mogelijk is om een verpande zaak te condiceren; hiertegen pleit dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, zoals hierboven blijkt uit D. 7,9,12. En de debiteur blijft eigenaar van het onderpand, zoals hieronder blijkt uit D. 50,17,45. Wij zeggen dat uit deze teksten zelf blijkt dat de crediteur vanaf het moment van voldoening van de gecontracteerde som een dief is, hetgeen hierboven blijkt uit D. 47,2,68(67) *pr.* Wij zeggen dat zij zelf zeggen¹¹⁴ dat hij, als hij zou ontkennen [dat de zaak verpand is], geen dief zou zijn, tenzij hij de zaak zou verduisteren, zoals hieronder blijkt uit D. 41,2,3,18. Ik zeg dus dat wordt beweerd dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren behalve van een dief. Ik ben het ermee eens dat [de debiteur] niet [de eigendom van] zijn eigen zaak condiceert maar het bezit, zoals het geval is in D. 12,6,15,1.’¹¹⁵

Waar de glosse de pandhouder als dief aanmerkt,¹¹⁶ maakt Révigny een onderscheid: de pandhouder is slechts een dief als er sprake is van verduistering (*contrectatio*), maar niet als hij ‘ontkent’ (*negaret*) de zaak in pand te hebben ontvangen. Révigny verwijst hierbij naar de tekst waarin Celsus stelt dat wanneer iemand ontkent een zaak in bewaring te hebben ontvangen, deze ontkenning op zich niet genoeg is voor het oordeel dat deze persoon zich schuldig aan diefstal maakt.¹¹⁷ De vraag wat het *rechtsgevolg* is van de kwalificatie van de crediteur als dief, beantwoordt Révigny echter niet; en deze vraag rijst temeer nu Révigny in het slot, op grond van de bekende tekst van Paulus, de mogelijkheid erkent om het bezit van een zaak te condiceren wanneer het bezit onverschuldigd is gegeven.

114 Met de woorden ‘dicunt ipsi’ verwijst Révigny waarschijnlijk naar Johannes Bassianus en Azo, die hij in het kader van D. 12,1,4 *pr.* heeft aangehaald.

115 Révigny ad D. 12,1,4,1, f. 183 *r^o b*: ‘Dicit hic [paraphus] quod soluta pecunia potest condicere rem obligatam; contra: nemo condicit rem suam praeterquam a fure, supra usufr. quemad. ca. l. ult. Et debitor remanet dominus pignoris, infra de reg. iur. l. “Neque pignus.” Dicimus dicunt ipsi quod fur est creditor ex quo soluta pecunia contracto invito debitore, ut supra de fur. l. “Infitiando,” primo responso. Dicendum quod si negaret non esset fur, nisi contrectaret, infra de acquir. pos. l. iii § “Si rem.” Dico ergo quod arguitur nemo condicit rem suam nisi a fure. Concedo unde non condicit rem suam sed possessionem ar. infra de condic. inde. l. “Indebiti” § “Sed si nummi.”’

116 Zie de gl. ‘Res pignori,’ *supra*, n. 44.

117 D. 47,2,68(67) *pr.*: ‘Infitiando depositum nemo facit furtum [...].’

In het kader van de *condictio certi* gaat Révigny nader in op de vraag of iemand zijn eigen zaak kan condiceren. Hierbij maakt hij eerst een vergelijking met het geval dat iemand zijn eigen zaak gestipuleerd heeft:

Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*: ‘Het is niet hetzelfde om een zaak [zelf] te beloven en om levering van een zaak te beloven. Niemand kan immers zijn eigen zaak stipuleren, zoals blijkt uit D. 45,1,82 *pr.* Maar iemand kan stipuleren dat zijn eigen zaak aan hem geleverd wordt zoals hieronder in dezelfde wet wordt gezegd. Maar het is hetzelfde om een landgoed te beloven en om te beloven een landgoed in eigendom over te dragen, zoals hieronder blijkt in D. 18,1,25 *pr.*’¹¹⁸

Men kan zowel bezitsverschaffing als eigendomsoverdracht van een zaak stipuleren, maar men kan geen eigendomsoverdracht stipuleren van de zaak waar men reeds eigenaar van is. Vervolgens gaat Révigny in op de vraag of een eiser met deze *condictio certi* zijn eigen zaak kan opeisen. Hierbij maakt hij een vergelijking met een contract van bewaring of bruikleen:

Révigny ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): ‘Is het waar dat met betrekking tot bewaargeving of bruikleen een *condictio certi* wordt gegeven? Dit is zeker niet het geval omdat wij van een in bewaring of in bruikleen gegeven zaak de eigendom behouden; niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief, zoals blijkt uit D. 7,9,12.’¹¹⁹

De vraag rijst vervolgens of als iemand andermans zaak in bruikleen heeft gegeven, een *condictio* ter beschikking staat. Dit geval komt immers niet in strijd met de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren. Toch beantwoordt Révigny ook deze vraag ontkennend:

Révigny ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): ‘Ook als andermans zaak in bruikleen is gegeven, zou ik niet zeggen dat de *condictio certi* ter beschikking staat. De *condictio certi* strekt tot eigendomsoverdracht. Het schijnt dat de *condictio certi* ter beschikking staat om restitutie te vorderen, zoals hierboven in D. 12,6,22. Het schijnt dat wanneer tegen een ander een actie uit bruikleen en bewaargeving ter beschikking staat tot restitutie van een zaak, dat dit feit ook aanleiding geeft tot een *condictio certi*. De vraag rijst dan of de *condictio certi* samen met de *rei vindicatio* ter beschikking staat. Men zegt dat de *rei vindicatio directa* niet ter beschikking staat omdat degene die revindiceert eigenaar is en degene die condiceert geen eigenaar is, want niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief. Maar

118 Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 184 *v*^o a: ‘Unde non est idem promittere rem et promittere rem tradi quia nemo stipulatur rem suam ut infra de verb. ob l. “Nemo rem suam.” Sed suam rem tradi potest quis stipulari ut infra eadem lege dicitur. Sed idem est promittere fundum et promittere dare fundum infra de contrahen. emp. l. “Si ita.”’

119 Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 184 *v*^o a: ‘Unde verum est in deposito vel commodato detur certi condictio. Certe non, quia rei commodate et deposite dominium retinemus et nemo condicit rem suam praeterquam a fure supra usufr. quemad. ca. l. ult.’

het is op bijzondere wijze mogelijk om te revindiceren met de *rei vindicatio utilis*. Ik kan in dit geval condiceren en dit wordt bewezen door C. 8,54,1.¹²⁰

Révigny stelt aan het begin van dit fragment dat de *condictio certi* op eigendomsoverdracht is gericht. Hieruit volgt dat deze actie niet ter beschikking staat in het geval iemand een zaak in bruikleen heeft gegeven, ongeacht of dit zijn eigen zaak of andermans zaak was. Vervolgens stelt Révigny dat D. 12,6,22 schijnt uit te wijzen dat de *condictio certi* ook wordt gegeven ten einde restitutie van een zaak te vorderen (*restituere*, in plaats van *dare*).¹²¹ Dit is echter in strijd met zijn zojuist geuite standpunt dat de *condictio certi* per definitie op eigendomsoverdracht is gericht. Révigny werpt de vraag op of, nu een contract van bruikleen of bewaargeving aanleiding geeft tot de *condictio*, deze *condictio* samenloopt met de *rei vindicatio*. Hierop geeft Révigny op bondige wijze de tegenstelling weer tussen de *rei vindicatio* en de *condictio*: wie revindiceert is eigenaar, en wie condiceert is geen eigenaar (*qui vindicat dominus est, qui condicit dominus non est*).¹²² Na de regel genoemd te hebben dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, en zich dus toch weer op het strikte standpunt te stellen dat samenloop tussen beide acties is uitgesloten, opent Révigny de mogelijkheid van een uitzondering. De suggestie dat in geval van bruikleen of bewaargeving de *condictio certi* naast de *rei vindicatio* ter beschikking zou staan, wijst hij af. Hoewel Révigny

120 Révigny ad D. 12,1,9 *pr.*, f. 184 v^o a: 'Etiam si res aliena esset commodati non dicerem quod competeret certi condictio. Certi condictio competit ad dandum. Unde videretur quod certi condictio competit ad restituendum, infra de condictio inde. l. "Sed et si me putem." Unde videretur quod cum alii in actione commodati et depositi que competunt ad restituendum que est factum competit certi condictio. Queritur utrum competat certi condictio cum re. ven. Dicunt quod tum directa rei ven. non competit, quia qui vindicat dominus est, qui condicit dominus non est, quia nemo condicit rem suam potest quam a fure. Sed cum utili rem vindicare utili rei vindicatione. Possum condicere hoc est quod probatur C. de do. que sub mo. l. 1.'

121 Waarschijnlijk doelt Révigny op D. 12,6,22,1 waar de *condictio incerti* ter beschikking wordt gesteld in het geval iemand bij de overdracht van een landgoed is vergeten een recht van overpad voor te behouden; dit recht van overpad kan worden gecondiceerd.

122 Deze opvatting over de *condictio certi*, en de onmogelijkheid van samenloop met de *rei vindicatio*, wordt bevestigd door Cynus († 1336), die door Révigny is beïnvloed; zie Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 642. Zie Cynus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr 14, f. 52 v^o b: 'Decimo quaeritur nunquid certi condictio concurrat cum rei vindicatione. Respondeo statim quod non, quia omnis condi[c]tio abhorret dominium, ut supra usufru. quemad. l. ult. Sed non bene respondes indistincte, imo debes distinguere: aut est dominium rectum et [f. 53 r^o a] plenum, et illud tale abhorret omnis condictio, si utile daretur certi condictio tunc, ut infra de do. causa mort. l. "Si mortis," et C. de do. quae sub modo l. 1 et ibi dixi.' ('Ten tiende wordt gevraagd of de *condictio certi* niet samenloopt met de *rei vindicatio*. Ik antwoord meteen dat dit niet het geval is, omdat elke *condictio* onverenigbaar is met het eigendomsrecht, zoals blijkt uit D. 7,9,12. Maar jij antwoordt niet goed als je geen onderscheid maakt; jij moet immers onderscheiden tussen het geval waarin er sprake is van de echte en volle eigendom – déze verafschuwt elke *condictio* – en het geval er een bijzondere *condictio* [lees: een bijzondere *rei vindicatio*] wordt gegeven, zoals hieronder in D. 39,5,1 en in C. 8,54,1.')

niet meer het oog lijkt te hebben op bruikleen of bewaargeving, is de enige *rei vindicatio* die volgens hem tóch naast de *condictio* ter beschikking zou kunnen staan, zo blijkt uit het slot, de *rei vindicatio utilis*; deze *rei vindicatio* is bij uitzondering wél op eigendomsoverdracht is gericht.¹²³ Révigny volgt met betrekking tot de *condictio certi* dus de leer dat deze actie niet met de *rei vindicatio* samenloopt – behalve in het geval van diefstal, en behalve in het geval het de bijzondere *rei vindicatio utilis* betreft.¹²⁴

§ 3.4.4 Slot

Waar Révigny in zijn *lectura* op de Instituten de *condictio* voor het bezit van een zaak erkent, stelt hij zich in zijn *lectura* op de Digesten op het strikte standpunt dat in beginsel niemand de *condictio certi* heeft met betrekking tot zijn eigen zaak. Het commentaar van Dinus, noch het commentaar van Révigny geeft een bevredigende verklaring van de bijzondere aard van de *condictio furtiva*, maar beide commentaren verschaffen inzicht in de wijze waarop zij deze *condictio* beschouwen. Ten opzichte van de glosse is immers een verschuiving waar te nemen: de *condictio furtiva* is niet zozeer bijzonder omdat deze bij uitzondering niet leidt tot eigendomsoverdracht, als wel omdat de eiser procedeert vanwege zijn eigendomsrecht op de zaak en niet op grond van overeenkomst, zoals een overeenkomst van bruikleen. Deze zienswijze blijkt ook op Bartolus invloed te hebben gehad.

§ 3.5 BARTOLUS

§ 3.5.1 Inleiding

Bartolus de Saxoferrato (1314–1357), de invloedrijkste post-glossator, behandelt de vraag of het bezit gecondiceerd kan worden, aan de hand van een andere *sedes materiae* dan de glosse. Bartolus bespreekt deze vraag niet aan de hand van de twee teksten over de *condictio* die in de glosse en bij de andere commentatoren het aanknopingspunt vormen,¹²⁵ maar naar aanleiding

123 Zie § 2.7, *supra*, p. 94.

124 Ook Révigny ad D. 13,3 en D. 13,3,1 *pr.*, f. 212 v^o b–213 r^o a, is geraadpleegd, maar dit, overigens lange, commentaar op de *condictio triticaria* draagt slechts in beperkte mate bij aan het begrip van de onderhavige kwestie.

125 Bartolus heeft, opvallend genoeg, geen commentaar geschreven op D. 7,9,12, de tekst naar aanleiding waarvan de glosse een uitbreiding van het toepassingsbereik van de *condictio possessionis* bewerkstelligde. Het Institutentcommentaar, dat overigens niet van de hand van Bartolus zou zijn, breekt middenin de titel *De actionibus* af, nog voor I. 4,6,14 over de *condictio furtiva*. Zie over de toeschrijving van dit commentaar: Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 543, n. 192, waar de opvatting van Waelkens wordt genoemd dat het commentaar van Raoul d’Harcourt zou zijn, terwijl men op p. 725, n. 341, nog de oudere opvatting vindt dat dit commentaar van Révigny zou zijn.

van de *condictio triticaria*. Wij zagen dat de glosse afwisselend de *condictio triticaria* en de *condictio sine causa* ter beschikking stelt om het bezit van een zaak te vorderen, maar in het kader van de *condictio certi* terughoudend is en de hoofdregel toepast dat de *condictio* principieel op eigendomsoverdracht is gericht.¹²⁶ De vraag rijst dus ten eerste of de opvatting van Bartolus over de *condictio certi* afwijkt van die van de glosse (§ 3.5.2). Vervolgens is het de vraag of Bartolus de eigenaar in het algemeen in staat stelt het bezit van zijn eigen zaak te vorderen en, zo ja, of hij deze mogelijkheid in overeenstemming weet te brengen met de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief (§ 3.5.3). Weet Bartolus een betere rechtvaardiging te geven van de *condictio furtiva* dan de glosse en de eerdere commentatoren? Ten slotte komt Bartolus' opvatting over de samenloop tussen de *rei vindictio* en de *condictio* aan de orde (§ 3.5.4).

§ 3.5.2 De *condictio certi*

Bartolus hanteert net zoals de glosse een gecompliceerd onderscheid tussen de verschillende *condictiones*: de *condictio certi* is de algemene *condictio* (*generalis*) die ter beschikking staat om een *certum* te vorderen, de *condictio triticaria* is de algemenere *condictio* (*generalior*) waarmee een *certum* of *incertum* kan worden gevorderd, maar geen geldbedrag, en de *condictio sine causa* is de meest algemene *condictio* (*generalissima*) waarmee elke zaak, ook een geldbedrag, kan worden gevorderd.¹²⁷ In het kader van zijn commentaar op de *condictio certi* werpt Bartolus de vraag op in welke gevallen deze actie beschikbaar is:

Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*: 'Bij deze uiteenzetting vraag ik op grond van welke van alle contracten het mogelijk is om een *certum* te vorderen. De glosse stelt dat soms wordt geprocedeerd met betrekking tot wat van mij is, soms opdat aan mij wordt geleverd, wat niet van mij is, soms opdat gerestitueerd wordt. Let op, want dit is zeer subtiel. In het eerste geval staat deze *condictio certi* niet ter beschikking, behalve tegen een dief, omdat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, zoals volgt uit D. 7,9,12 en I. 4,6,14.'¹²⁸

126 Zie de gl. 'Certum petitur,' *supra*, n. 29.

127 Met de *condictio triticaria* en de *condictio sine causa* kan ook een onbepaalde zaak (een *incertum*) worden gevorderd; zie Bartolus' onderverdeling in zijn commentaar op D. 12,1,9, nr. 5. Zie over dit onderscheid ook Dawson, *Unjust Enrichment*, p. 164, n. 34. Cf. de gl. 'Rem autem suam' ad D. 13,3,1,1, *supra*, n. 68.

128 Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr. 17, f. 10 *vº*: 'Hoc exposito quero utrum ex omni contractu ex quo certum petitur. Dicit glossa hic: quandoque agitur ad id, quod meum est: quandoque ad tradendum mihi aliquid, quod non est meum, quandoque ad restituendum. Adverte, quia hoc est multum subtile. [18] Primo casu non competit hec certi condictio, nisi contra furem, quia nemo condicit rem suam, preterquam a fure, ut supra usufru. quemad. cave. l. ulti. et Inst. de actio. § "Sic itaque."'

Bartolus stelt, onder verwijzing naar de glosse, dat een eiser soms een zaak eist die van hem is, soms een zaak die aan hem geleverd wordt, en soms een zaak die aan hem 'gerestitueerd' moet worden. De *condictio certi* staat volgens hem níet ter beschikking wanneer een eigenaar procedeert met betrekking tot zijn eigen zaak, zij het dat Bartolus ook hier, onder verwijzing naar de bekende regel van D. 7,9,12, een uitzondering maakt in het geval van diefstal. Tegen het einde van zijn commentaar verduidelijkt Bartolus deze regel als volgt:

Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): 'Let toch op één aspect dat ik je heb onthouden: waar ik zei dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, dient onder 'zijn eigen zaak' het eigendomsrecht te worden begrepen: anders zou hij een op het geval toegesneden *condictio* hebben zoals in C. 8,54,1 en D. 39,5,1.¹²⁹

Bartolus preciseert de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, in die zin dat een eigenaar niet *de eigendom* van een zaak kan condiceren, behalve van een dief. Na de beschikbaarheid van de *condictio certi* te hebben besproken in het geval van een verplichting tot levering van een zaak, gaat hij in op de vraag of de *condictio certi* ter beschikking staat wanneer de eigenaar restitutie wenst van een zaak:

Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.* (vervolg): '[Dit geldt] wanneer een verbintenis strekt tot restitutie van een zaak, zoals bij een in bewaring, bruikleen of pand gegeven zaak. In dit geval zegt de glosse dat de *condictio certi* niet van toepassing is. De reden is dat nu de zaak van mij is, er niet gecondiceerd kan worden, tenzij de zaak is verduisterd, zoals hierboven in D. 12,1,4,1 het geval is. Ook stelt de glosse dat sprake is van een *incertum* omdat wordt geprocedeerd met betrekking tot een feitelijke toestand.¹³⁰

Bartolus bespreekt hier de opvatting van de glosse dat als een eigenaar restitutie van zijn zaak wil eisen, wanneer hij zijn zaak bijvoorbeeld aan een pandhouder heeft afgestaan en deze terugverlangt, hij géén gebruik kan maken van de *condictio certi*.¹³¹ Bartolus maakt een uitzondering voor het geval er toch een aansprakelijkheid is ontstaan, zoals het geval van de pandhouder in D. 12,1,4,1 die een verpande zaak na afbetaling van de schuld niet heeft teruggegeven. Maar de pandhouder wordt in deze tekst door de

129 Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr. 39, f. 11 r^o: 'Ad unum tamen adverte, quod omisi tibi, quod ubicunque dixi, quod nemo condicit rem suam, intellige de re sua iure pleni domini, secus si haberet utili dominium tantum l. 1 C. de dona. que sub modo et l. 1 infra de dona. ti. generali.'

130 Bartolus ad D. 12,1,9 *pr.*, nr. 26, f. 10 v^o: 'Quandoque in obligatione est rem restitui, ut in re deposita, pignorat, commodata, et similibus. Isto casu dicit glossa non habet locum certi condictio. Ratio, quia res est mea, ergo non potest condici, quod intellige nisi fuerit contrectata, ut supra eodem l. "Si quis nec causam" § 1. Item, quia agitur ad factum, dicit glossa ergo ad incertum.'

131 Bartolus antwoordt conform de gl. 'Certum petitur' ad D. 12,1,9 *pr.*, *supra*, n. 30.

glosse,¹³² en ook door Bartolus, als een dief aangemerkt. Bartolus laat de *condictio certi* dus niet samenlopen met de *rei vindicatio*, behalve in geval van diefstal.¹³³

§ 3.5.3 De *condictio triticaria* en de *condictio* tegen de dief

Met betrekking tot de *condictio triticaria* stelt Bartolus:

Bartolus ad D. 13,3,1 *pr.*: 'Deze *condictio* is van toepassing met betrekking tot alle zaken, behalve uitgetelde muntstukken, of er nu een zekere, dan wel een onzekere hoeveelheid wordt geëist, en of er nu eigendom, dan wel bezit wordt geëist. Dit zegt deze tekst.'¹³⁴

Wij zagen dat reeds de glosse de *condictio triticaria* ter beschikking stelt om het bezit van een zaak te kunnen vorderen.¹³⁵ Bartolus volgt de glosse hierin: de *condictio triticaria* is niet alleen beschikbaar om de eigendom van een zaak te condiceren, maar óók het bezit. Nu ook Bartolus aan de *condictio triticaria* een ruim toepassingsbereik geeft, rijst opnieuw de vraag waarin het uitzonderlijke karakter van deze *condictio furtiva* – of preciezer gezegd, elke *condictio* die tegen een dief wordt ingesteld¹³⁶ – nog was gelegen. Het blijkt dat de *condictio* tegen de dief ook bij Bartolus steeds haar bijzondere positie heeft behouden, ook al aanvaardt hij de mogelijkheid om in het algemeen met de *condictio triticaria* het bezit van een zaak op te eisen. Zoals wij zagen, is de diefstal-uitzondering van belang bij de toekenning van de *condictio certi* tegen de pandhouder die de verpande zaak niet had teruggeven.¹³⁷ De commentaren over de *condictio* tegen de dief wekken de suggestie dat deze

132 Gl. 'Res pignori,' *supra*, n. 44; Bartolus ad D. 12,1,4,1, f. 7 *r*^o: 'Opponitur nemo condicit rem suam preterquam a fure, ut l. ulti. supra usufruc. quemad. ca. Sed hic iste, cui datur condi[c]tio, est dominus, ergo male. Huius timore glossa intelligit omnia exempla huius paragrapho quod reus, contra quem datur hec condictio furtiva, ista res mobiles contrectaverit, ita quod fecerit furtum, merito contra eum datur condi[c]tio furtiva, et condictio sine causa. Omnis enim condictio degenerat contra furem insti. de act. § "Sic itaque.'" ('Hiertegen wordt ingebracht dat niemand zijn eigen zaak condiceert, behalve van een dief, zoals blijkt uit D. 7,9,12. Maar hier is degene aan wie een *condictio* ter beschikking wordt gesteld, eigenaar, dus dit zou ten onrechte zijn. Uit vrees hiervoor [voor deze tegenspraak] vat de glosse elk voorbeeld in deze paragraaf in die zin op dat de gedaagde, tegen wie deze *condictio furtiva* ter beschikking wordt gesteld, deze roerende zaak heeft verduisterd, en zich zo aan diefstal heeft schuldig gemaakt, zodat de *condictio furtiva* en de *condictio sine causa* terecht tegen hem ter beschikking worden gesteld. Elke *condictio* verliest immers zijn ware aard wanneer deze tegen een dief wordt ingesteld, zoals blijkt uit I. 4,6,14.')

133 Deze opvatting sluit aan bij die van de glosse 'Nisi furi,' *supra*, n. 77.

134 Bartolus ad D. 13,3,1 *pr.*, f. 67 *r*^o: 'Hac condi[c]tio locum habet, pro omni re, excepta pecunia numerata, sive certum, sive incertum, sive dominium, sive possessio petatur. Hic dicit.'

135 Gl. 'Ut vel,' *supra*, n. 64; gl. 'Rem autem suam,' *supra*, n. 68.

136 Zie over deze *degeneratio* van de *condictio*, *supra*, p. 106.

137 *Supra*, n. 132.

uitzondering niet is gehandhaafd vanwege het praktische belang dat aan deze uitzondering was verbonden, als wel vanwege het feit dat de *condictio furtiva* te duidelijk in de bronnen was overgeleverd om te kunnen negeren. De ongemakkelijke situatie die ontstond door enerzijds de algemene aanvaarding van de *condictio triticaria* voor het bezit van een zaak, en anderzijds handhaving van de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, treedt het scherpst naar voren in de eerste twee zinnen van Bartolus' gecompliceerde commentaar op de *condictio triticaria*:

Bartolus ad D. 13,3,1,1: 'Niemand condiceert zijn eigen zaak, behalve van een dief en van een gewelddadige bezitter. Maar iedereen condiceert zijn verloren bezit.'¹³⁸

Bartolus bevestigt de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, maar stelt direct daarna dat iedereen zijn verloren bezit kan condiceren. Beide uitspraken lijken tegenstrijdig te zijn. Als iedereen, dus ook de eigenaar, zijn verloren bezit kan condiceren, hoe kan men dan tegelijk volhouden dat alleen de bestolen eigenaar het bezit van zijn zaak kan condiceren? Bartolus lijkt zich van dit conflict bewust te zijn en tracht een en ander te 'verhelderen':

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): 'Teneinde deze paragraaf te verhelderen, wordt tegengeworpen dat het schijnt dat het condiceren van de eigendom van een dief hetzelfde is als het condiceren van het bezit. Als iemand immers de eigendom heeft, wat anders kan hij condiceren dan het blote bezit? Zodra hij immers eenmaal eigenaar is, kan hij niet nog meer eigenaar worden, hetgeen blijkt uit D. 41,2,3,4, I. 2,20,11 en C. 6,37,13.'¹³⁹

Dit is een terechte observatie. Bartolus wijst in dit fragment op het bekende feit dat de bestolen eigenaar de in beginsel op eigendomsoverdracht gerichte *condictio* tegen de dief instelt maar dat hij niet nog méér eigendom op zijn eigen zaak kan verwerven dan hij al had, zodat de *condictio* in dit geval in feite strekt tot het condiceren van het 'blote bezit' (*possessio nuda*) van de zaak. De consequentie van deze 'tegenwerping' zou zijn dat de *condictio* tegen de dief een voorbeeld zou zijn van een *condictio* waarmee het bezit wordt gevorderd – hetgeen Bartolus in het algemeen toestaat – en als zodanig dus geen bijzondere positie meer zou innemen. De bijzondere plaats die de *condictio* tegen de dief in de bronnen inneemt, zou daarom niet meer te

138 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 3, f. 67 r^o: 'Nemo condicit rem suam, preter quam a fure, et a violento possessore. Possessionem vero suam amissam quilibet condicit.'

139 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: 'Ut declarem hunc paragrapho opponitur et videtur, quod idem sit condicere dominium a fure, et condicere possessionem. Si enim habet dominium, quid aliud potest condicere, nisi possessionem nudam, cum semel dominus non possit amplius fieri dominus, ut de acquiren. poss. l. 3 § "Ex pluribus," insti. de leg. § "Si quis rem" et C. de lega l. "Proprias."'

verklaren zijn. In het vervolg geeft Bartolus een nadere verklaring van deze tegenstrijdigheid:

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): ‘Volgens deze uitspraak dien je te weten dat de eigenaar, door de *condictio* in te stellen tegen een dief en tegen een gewelddadige bezitter, eist dat zijn eigen zaak aan hem in eigendom moet worden overgedragen, hetgeen blijkt uit l. 4,6,14; maar als hij geen eigenaar zou zijn, dan zou hij niet kunnen eisen dat aan hem in eigendom wordt overgedragen, maar dat aan hem wordt gerestitueerd.’¹⁴⁰

Bartolus maakt een onderscheid tussen het geval waarin een bestolen eigenaar *condiceert* en dat waarin een bestolen niet-eigenaar *condiceert*. Hoewel Bartolus dit niet expliciteert, denkt hij in het tweede geval wellicht aan het geval waarin een zakelijk gerechtigde, zoals de pandhouder, is bestolen en de *condictio* instelt.¹⁴¹ In het eerste geval vordert de eiser volgens Bartolus eigendomsoverdracht, en in het tweede geval restitutie. Dit is een wonderlijke vaststelling. In beide gevallen vindt er immers geen eigendomsoverdracht plaats, maar kan de dief slechts het bezit van de zaak verschaffen. Nu de eiser in beide gevallen actief is gelegitimeerd tot de *condictio* en de *condictio* in beide gevallen het bezit als object heeft, rijst de vraag: waarin is het onderscheid gelegen tussen de eis van de bestolen eigenaar en die van de bestolen niet-eigenaar? Bartolus vervolgt:

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): ‘En dit aspect kan met betrekking tot deze paragraaf ook op een andere en betere wijze worden begrepen. Wij moeten de *condictio* beschouwen van de kant van de eiser en van de kant van de gedaagde; het standpunt van de eiser is dat hij één of andere zaak *condiceert*, dat wil zeggen: het bezit op grond van het eigendomsrecht op de zaak, dat zich bij hem bevindt. Dit kan immers door hem niet worden geëist, behalve van een dief, een rover en een gewelddadige [bezitter], zoals uit deze tekst blijkt, en hierboven uit D. 7,9,12 en D. 12,4,15. Gezien van de kant van de gedaagde wordt altijd het bezit gecondiceerd: omdat hij niet gehouden is iets anders te restitueren, dan het bezit zelf, aangezien hij niets anders kan geven; D. 45,1,29,1.’¹⁴²

140 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: ‘Pro cuius declaratione debes scire, quod contra furem et contra violentum possessorem est inductum, quod dominus condicendo petat rem suam sibi dari oportere, ut insti. de actio. § “Sic itaque.” Sed si non esset dominus, non posset petere sibi dari oportere, sed solum sibi restitui.’

141 Volgens D. 13,1,12,2, *supra*, p. 42, n. 201, was deze bestolen pandhouder in het klassieke Romeinse recht tot de *condictio furtiva* gelegitimeerd.

142 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: ‘Et hic esse posset unus intellectus ad hunc paragrapho vel aliter et melius. Debemus considerare conditionem ex parte actoris, et ex parte rei, sed ex parte actoris condicit quis rem, hoc est, possessionem ratione domini rei, quod est apud actorem. Et hoc non potest fieri, nisi contra furem, raptorem et violentum, ut hic, et *supra* de usufru. quemadmo. ca. l. ultima. et *supra* de condi. ob causam. l. pe. Ex parte vero rei semper condicitur possessio: quia ad aliud restituendum non tenetur, nisi ad ipsam possessionem, cum nec posset aliud dare l. “Scire debemus” § fi. de ver. obl.’

Dit betoog is vrijwel niet te volgen. Toch verschaft deze ‘andere en betere’ uitleg (*aliter et melius*) inzicht in de wijze waarop de *condictio* van de eigenaar tegen de dief haar bijzondere positie in het *ius commune* heeft behouden. Bij de *condictio* komt het, zo stelt Bartolus in deze passage, zowel aan op de positie van de eiser als van de gedaagde. Aan de kant van de gedaagde geldt dat hij altijd – of hij nu door een bestolen eigenaar of door een niet-eigenaar wordt aangesproken – het bezit van de zaak moet restitueren. Er is wat hem betreft dus geen verschil tussen beide gevallen. Aan de kant van de eiser is het volgens Bartolus van belang of een eigenaar of een niet-eigenaar procedeert. Als de eigenaar het bezit van de zaak condiceert beroept hij zich op het eigendomsrecht dat hij op de zaak heeft (hij procedeert *ratione domini*). De bestolen eigenaar is dus de enige die *vanwege* zijn eigendomsrecht het bezit van een zaak kan condiceren. Zo wordt aan de regel van Ulpianus – ‘niemand kan zijn eigen zaak condiceren, behalve van een dief’ – een andere betekenis gegeven. De oorspronkelijke achtergrond van deze regel was immers dat met de *condictio* normaal gesproken eigendomsoverdracht werd geëist, en de dief niet tot eigendomsoverdracht in staat was, maar desalniettemin met de *condictio* kon worden aangesproken. Als de *condictio*, zoals Bartolus stelt, in het algemeen het bezit van een zaak als voorwerp kan hebben, lijkt deze regel van zijn betekenis ontdaan. Het was voor de commentatoren echter ondenkbaar een regel te negeren die zo duidelijk in de klassieke teksten was overgeleverd. Aan deze regel moest dus een betekenis worden toegekend en Bartolus doet dat door de actieve legitimatie van de eiser in de *condictio furtiva* – het beroep dat de bestolen eigenaar doet op zijn eigendomsrecht – als essentieel te beschouwen en niet op de achtergrond van deze regel dat de *condictio* van oorsprong principieel eigendomsoverdracht beoogde.¹⁴³ Op die manier kan verklaard worden dat ook aan de (bestolen) niet-eigenaar de *condictio* toekomt terwijl de eiser in dat geval evenmin eigendomsoverdracht eist. De *condictio* van de bestolen eigenaar behoudt zo zijn bijzondere positie. Bartolus legt de regel van Ulpianus dus zo uit dat niemand *met een beroep* op zijn eigendomsrecht een zaak kan condiceren, behalve van een dief, maar dat dit niet in de weg staat aan het condiceren van het bezit in andere gevallen.

Bij dit betoog rijst wel de vraag: kan een eiser het bezit van een zaak vorderen van iemand anders dan een dief? Bijvoorbeeld van iemand aan wie hij met andermans munten een onverschuldigde betaling heeft verricht, zoals het geval is in de bekende tekst van Paulus in D. 12,6,15,1. In het slot van dit commentaar zet Bartolus uiteen dat dit kan:

143 Hierboven bleek dat reeds Révigny de nadruk verplaatst van het petitum van de *condictio* naar de actieve legitimatie tot de *condictio*.

Bartolus ad D. 13,3,1,1 (vervolg): ‘Aangezien toch door de eiser het bezit wordt gecondiceerd, niet omdat hij eigenaar is, maar omdat hij bezat, is dit aan ieder toegestaan, zoals hieruit blijkt, en hierboven in D. 12,6,15,1 en zoals ik jullie liet zien in D. 12,1,4,1.’¹⁴⁴

‘Aan ieder’ (*cuilibet*) is het mogelijk om het bezit te condiceren. Een eiser kan dus het bezit van een gedaagde vorderen, ook al heeft deze zich *niet* aan diefstal schuldig gemaakt. Het valt op dat Bartolus niet alleen verwijst naar de tekst van Paulus, maar ook naar de tekst van Ulpianus over de pandhouder. Deze laatste tekst werd immers door de glosse beschouwd als een voorbeeld van een *condictio* die tegen de dief werd ingesteld, maar het feit dat Bartolus deze tekst in dit verband noemt, betekent dat deze tekst niet noodzakelijk als voorbeeld van diefstal moet worden opgevat.¹⁴⁵

De conclusie van dit commentaar luidt dat de *condictio* van de eigenaar tegen een dief volgens Bartolus nog steeds een onregelmatig karakter heeft, maar dat deze onregelmatigheid niet zozeer is gelegen in het feit dat de eiser het bezit van de zaak vordert – de *condictio* van het bezit wordt immers in ruime bewoordingen toegestaan – maar in het *beroep* dat de eigenaar doet op zijn eigendomsrecht.¹⁴⁶ Wanneer men dus in het *ius commune* de onderscheiding tegenkomt tussen enerzijds de *condictio ratione dominii* – of, zoals bij Dinus, *ratione proprietatis*¹⁴⁷ – en anderzijds de *condictio ratione possessionis*,¹⁴⁸ dan bedenke men dat het niet om een echte tegenstelling gaat in die zin dat in het eerste geval de eigendom van de zaak wordt gevorderd en in het tweede geval het bezit. De eerste term ziet op de actieve legitimatie van de eiser, of beter gezegd, op hetgeen de eiser aanvoert – zijn eigendomsrecht – terwijl de tweede term ziet op het *petitum* van de *condictio*, verschaft-

144 Bartolus ad D. 13,3,1,1, nr. 4, f. 67 r^o: ‘Quandoque vero ex parte actoris condicatur possessio, non quia dominus, sed quia possidebat, et hoc cuilibet permittitur, ut hic, et supra de condi. inde. l. “Indebiti,” § “Sed si nummi,” tetigi vobis in l. “Si quis nec causam,” supra si cer. peta.’

145 Bartolus bespreekt in het kader van D. 12,1,4,1, f. 7 r^o, de vraag of deze *condictio* wel tegen een dief wordt ingesteld. Hij bespreekt hierbij de argumenten dat deze tekst ook op een verpande onroerende zaak kan slaan, die niet voor diefstal vatbaar is, en bovendien niet in titel D. 13,1 is opgenomen. Uiteindelijk geeft Bartolus, onder verwijzing naar Jacobus Butrigarius († 1348), een soortgelijke beschouwing als in het commentaar dat in de hoofdtekst is geciteerd, waarbij de *condictio* van de kant van de eiser en de gedaagde moet worden beschouwd, en waarbij de eiser aanvoert dat hij eigenaar is (*condici ratione dominii*) en de gedaagde tot restitutie van het bezit wordt aangesproken (*condici respectu possessionis*). Dat hier sprake is van de *condictio* tegen een dief stelt Bartolus niet met zoveel woorden, en inderdaad is deze kwalificatie niet meer van belang als het condiceren van het bezit ‘op welke wijze dan ook’ is toegestaan.

146 Men zag deze verschuiving reeds bij Révigny, zie het slot van § 3.4.2, *supra*, p. 121; hoewel Bartolus zich niet beroept op de leer van Révigny, is het bekend dat de rechtsschool van Orléans van invloed is geweest op de post-glossatoren; dit zou dus een voorbeeld van die invloed kunnen zijn.

147 *Supra*, n. 92.

148 Zie bij Dinus, *supra*, n. 94: ‘quemlibet ratione possessionis.’

fing van het bezit.¹⁴⁹ Volgens deze onderscheiding zou de *condictio* van de eigenaar tegen een dief onder beide categorieën vallen: de eiser beroept zich immers op zijn eigendomsrecht, maar condiceert het bezit. Toch presenteert Bartolus deze *condictio* als een *condictio ratione dominii*.

§ 3.5.4 Samenloop

De ontwikkeling naar de ruime erkenning van de *condictio possessionis* lijkt samenloop met de *rei vindicatio* mogelijk te maken. Toch is Bartolus in dit opzicht opvallend terughoudend. In een commentaar op de constitutie over de *rei vindicatio utilis* die hierboven, aan het slot van de behandeling van het Romeinse recht, werd besproken,¹⁵⁰ stelt Bartolus zich op het standpunt dat de *condictio* en de *rei vindicatio* niet kunnen samenlopen:

Bartolus ad C. 8,54(55),1: 'De wet zegt dat als de schenkingsovereenkomst niet wordt nageleefd, men de zaak met een op de feiten toegesneden actie kan revindicieren, en men met de *condictio ob causam* kan ageren. Hier wordt tegenin gebracht dat zeker een andere actie wordt gegeven, namelijk de *actio praescriptis verbis*. De oplossing. Ik geef toe dat deze drie acties samenlopen. Maar hier wordt tegenin gebracht dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, hetgeen volgt uit D. 7,9,12; in deze tekst worden dus de *rei vindicatio* én de *condictio* gegeven. Ten onrechte. De oplossing. Volgens de hierbij geplaatste glosse wordt hier een bijzondere *rei vindicatio* gegeven ten behoeve van alimentaties. Omdat men niet kan zeggen dat dit vanwege mijn eigen zaak geschiedt, wordt de bijzondere *rei vindicatio* terecht aan mij verleend; dus de bijzondere *rei vindica-*

149 Dit contrast blijkt ook uit Bartolus ad D. 12,1,4,1, f. 7 r^o: 'Item oppitur si iste qui agit, est dominus, ad quid ergo aget cum dominium habeat. Quidam dicunt quod condicit possessionem ut l. "Indebiti" § "Sed si nummi," infra de condi. indebi. et l. ii de triti. Glossa istud reprobat per textus qui dicit quod res condicit et aliud est res aliud possessio, ut l. "Si duo" infi infra uti. pos. Dicebat Ia[cobus] Bu[trigarius] quod in conditione duo sunt consideranda, unum ex parte agentis, et hoc modo iste condicit ratione dominii, et ideo dicitur condicere rem. Ita debet intelligi hic. Sed si condiceret ratione possessionis, tunc diceretur condicere possessionem, § "Sed si nummi," dicit l. 2 de trit. Secundo modo potest considerari respectu rei, et tunc dicitur condici respectu possessionis. Sola enim possessio restitui postulatur, et ita debetis intelligere hic.' ('Ook hier wordt tegenin gebracht dat degene die procedeert eigenaar is; waartoe procedeert hij dan wanneer hij de eigendom heeft? Sommigen zeggen dat hij vanwege het bezit procedeert, zoals in D. 12,6,15,1 en D. 13,3,2 het geval is. De glosse verwerpt deze optie op grond van de tekst die zegt dat hij de zaak condiceert en de zaak en het bezit twee verschillende dingen zijn, zoals blijkt uit D. 43,17,9. Jacobus Butrigarius stelde dat met betrekking tot de *condictio* twee zaken in overweging moeten worden genomen; ten eerste wat betreft de eiser, die op deze wijze condiceert van wege de eigendom, en daarom geacht wordt de eigendom te condiceren. Zo moet dit hier worden begrepen. Maar als hij wat betreft het bezit zou hebben gecondiceerd, dan zou hij gezegd worden het bezit te condiceren, zoals blijkt uit D. 12,6,15,1 en D. 13,3,2. Ten tweede moet de kant van de gedaagde in aanmerking worden genomen, en dan wordt gezegd dat vanwege het bezit gecondiceerd wordt. Gesteld wordt immers dat alleen het bezit wordt gerestitueerd, en zo moet men dit begrijpen.')

150 C. 8,54(55),1, *supra*, p. 94, n. 467.

tio loopt wel degelijk samen met de *condictio*, in tegenstelling tot de directe. Over dit onderwerp heb ik genoeg gezegd in het kader van D. 39,5,1.¹⁵¹

In dit commentaar stelt Bartolus dat in deze constitutie ten onrechte aan de eiser zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* ter beschikking lijken te staan. Niemand kan immers zijn eigen zaak condiceren, behalve van een dief en in dit geval is er van diefstal geen sprake. De ‘oplossing’ sluit aan bij hetgeen de Codex-tekst zelf ook al vermeldt: er is hier geen sprake van een *rei vindicatio* van een eigenaar, maar een op de feiten van de zaak toegesneden *rei vindicatio utilis* die aan een *voormalig* eigenaar toekomt. Dit is dus geen situatie waarin een eigenaar zijn eigen zaak condiceert.¹⁵² De *condictio* en de *rei vindicatio* zijn beide gericht op het verkrijgen van de eigendom.

§ 3.5.5 Slot

Het belang van Bartolus’ commentaar is gelegen in zijn erkenning dat de *condictio* op restitutie van het bezit kan zijn gericht. Dit is ook mogelijk buiten het geval van diefstal, door middel van de *condictio triticaria*. In het kader van de *condictio certi* blijft Bartolus vasthouden aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. De *condictio* van de eigenaar tegen de dief heeft daardoor haar bijzondere positie behouden, zo blijkt uit zijn de conclusie dat de *rei vindicatio directa* in principe niet kan samenlopen met de *condictio*.

Tot slot rijst de vraag of het argument dat het bestaan van de *condictio indebiti* het bewijs leverde dat ook een putatieve titel als *iusta causa* van eigendomsoverdracht gold – het argument dat in de Accursische glosse een centrale rol had gespeeld – door de post-glossatoren is overgenomen. Dit blijkt niet steeds het geval te zijn. In het kader van zijn korte commentaar op het *iusta causa*-vereiste verwijst Bartolus weliswaar naar dit argument van de glosse, maar het is niet duidelijk of hij het zelf overneemt.¹⁵³ Baldus de Ubaldis (1327–1400¹⁵⁴), de leerling van Bartolus,¹⁵⁵ aanvaardt de leer dat een puta-

151 Bartolus ad C. 8,54(55),1, f. 123 r^o: ‘Si pactum donationis non servatur, potest res actione utili vendicari et conditione ob causam agi hoc dicit. Opponitur quod imo detur alia actio scilicet praescriptis verbis, ut supra tit. l. “Cum res.” Solutio. Fateor quod omnes istae tres actiones concurrunt. Sed contra hoc opponitur: quia nemo condicit rem suam, praeterquam a fure ut l. fi. ff. usufr. quemad. ca. Sed hic datur vendicatio, et condictio. Ergo male. Solutio. Ista vendicatio, que datur hic, datur utilis favore alimentorum, secundum glossam hic positam. Unde non potest dici proprie res mea, merito mihi conceditur condictio [lees: vendicatio] utilis. Ergo vendicatio utilis bene concurrat cum conditione. Secus in directa. De hac materia, plene dic, ut in l. i. ff. de dona.’

152 In gelijke zin: Bartolus’ commentaren ad C. 4,6,2, D. 39,5,1, en D. 39,6,29.

153 Zie Bartolus ad D. 41,1,31 pr., f. 81 v^o. In zijn commentaar op de *dissensus in causa* gaat Bartolus in op de vraag of er was betaald met het doel dat bevrijding zou optreden (‘si tendat ad liberationem’); was dit het geval, dan ging eigendom over; zie Bartolus ad D. 12,1,18, nr. 1, f. 15 r^o. Zie Fuchs, *Iusta causa traditionis*, p. 45–46.

154 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 750.

155 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 751.

tieve titel voldoende is voor eigendomsoverdracht,¹⁵⁶ maar hij baseert deze niet langer op het bestaan van de *condictio*.¹⁵⁷

§ 3.6 SLOT: SAMENLOOP BIJ PAULUS DE CASTRO

Eén vraag is tot nu toe onderbelicht gebleven. Wat was het belang van een ruime aanvaarding van de *condictio possessionis*, ook buiten het geval van diefstal? Paulus de Castro (1360/62–1441¹⁵⁸) geeft in zijn commentaar op de Digesten een antwoord op deze vraag.¹⁵⁹ Paulus de Castro was aan de universiteit van Perugia een leerling van Baldus,¹⁶⁰ zodat het niet verbaast dat hij, evenals Baldus – en evenals diens leraar, Bartolus – de eigenaar in staat stelt om het bezit van zijn (al dan niet gestolen) zaak te condiceren. In tegenstelling tot Bartolus aanvaardt Paulus de Castro echter dat beide acties konden samenlopen en dat aan deze samenloop ook een voordeel was verbonden, zoals blijkt uit zijn commentaar op de *condictio triticaria*:

Paulus de Castro ad D. 13,3,1,1: ‘Ten slotte rijst bij de glosse die begint met de woorden “quid de possessione” de vraag: wanneer jij mijn zaak bezit, zal ik, ook al kan ik de zaak [de eigendom van de zaak] niet condiceren, omdat die aan mij toebehoort, het bezit kunnen condiceren, omdat dat *niet* aan mij toebehoort? Het antwoord luidt dat het zeker onnozel is om de *rei vindicatio* in te stellen, die het voor mij noodzakelijk maakt de eigendom te bewijzen; wanneer ik met betrekking tot het bezit ageer, is het voor mij niet noodzakelijk dit te bewijzen, maar slechts dat ik [recht heb op] het bezit.’¹⁶¹

156 Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326, wijst op passages van Baldus en Fulgosius waaruit de invloed van het betoog van de glosse blijkt; zie over de invloed van de gl. ‘Iusta causa’ ook Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, p. 33, n. 48.

157 Baldus ad C. 2,3,20, nr. 5, f. 109 v^o, stelt dat een ‘causa vera vel putativa’ voor eigendomsoverdracht kan dienen, zonder het argument van de glosse te noemen; zie Ranieri, *Wissenschaft und Kodifikation*, p. 326, n. 18. Zie ook Baldus ad C. 1,14,5, nr. 18, f. 66 v^o: ‘Brevis respondeo quod dominii translatio non sequitur ex contractu tamquam ex immediata causa, sed sequitur ex voluntate tradentis, qui vult transferre dominium, quod potest transferre etiam ex causa falsa et putativa, ut ff. de condi. ob causam l. 3 § “Subtilius.”’ (‘Kort antwoord ik dat de eigendomsoverdracht niet volgt op het contract of de onmiddellijke oorzaak, maar volgt op de wil van de tradens, die de eigendom wilt overdragen, en dat hij de eigendom ook op grond van een ongeldige of een vermeende oorzaak, zoals blijkt uit D. 12,4,3,8.’)

158 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 818.

159 Terecht merkt Cujas, aangehaald in Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 820, dan ook op: ‘Qui non habet Paulum de Castro, tunicam vendat et emat.’

160 Lange & Kriechbaum, *Die Kommentatoren*, p. 814.

161 Paulus de Castro ad D. 13,3,1,1, nr. 6, f. 65 r^o b: ‘Ultimo glossa quae incipit “quid de possessione” quaerit, si possides rem meam, licet non possem rem condicere, quia est mea, an possim condicere possessionem, quia illa non est mea? Responde, quod sic certe si hoc est verum fatuum est intentare rei vendicationem, in qua habeo necesse probare dominium, ex quo possum agere ad possessionem in qua non habeo necesse probare, sed dumtaxat me possidere.’

Paulus de Castro bespreekt het geval waarin een eiser zowel de beschikking heeft over de *condictio triticaria* als de *rei vindicatio*. Hij stelt dat de eiser er, gezien de zwaardere bewijslast in de *rei vindicatio*, verstandig aan gedaan zal hebben om op grond van de *condictio triticaria* te procederen. In welk geval kon een eiser, buiten het geval van diefstal, zowel de *rei vindicatio* als de *condictio* instellen? Zoals bij de bespreking van het Romeinse recht bleek, stelt Paulus de *condictio indebiti* niet alleen ter beschikking aan degene die andersmans muntstukken had gebruikt voor een onverschuldigde betaling, maar in het algemeen aan degene die het bezit van een zaak onverschuldigd had geleverd.¹⁶² In zijn commentaar op deze tekst overweegt Paulus de Castro:

Paulus de Castro ad D. 12,6,15,1: ‘Met betrekking tot het eerste en het tweede geval zij ten eerste [het volgende] opgemerkt ten aanzien van diegenen die zeggen dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren. Daarom geldt dat wanneer ik mijn zaak aan jou heb geleverd, en op grond van een vergissing niet de eigendom heb overgedragen, dat ik ten aanzien van deze zaak niet de *condictio* vanwege eigendom kan instellen, maar ik haar moet revindiceren, ofwel opeisen door middel van de *actio ad exhibendum*, zoals blijkt uit D. 12,4,3,8 en D. 12,4,15 *i.f.* Het is zeker dat ik tenminste het bezit dat ik succesvol heb overgedragen, kan condiceren, omdat dat makkelijker wordt overgedragen, op grond van een nietig of vermeend contract, zoals blijkt uit D. 41,2,1,22, en dit wil de glosse in werkelijkheid.’¹⁶³

Hoewel de tekst van Paulus zelf niet noodzakelijk leidt tot de situatie waarin de *rei vindicatio* en de *condictio* in één hand zijn verenigd, leidt Paulus de Castro uit (het tweede gedeelte van) D. 12,6,15,1 af dat de solvent eigenaar is gebleven van de onverschuldigd geleverde zaak en dat zich dus ook hier samenloop voordoet. Als dat zo zou zijn, zou zich hier de vraag voordoen of de tradent een keuze moet maken tussen de *condictio* en de *rei vindicatio*. Paulus de Castro hecht nog steeds betekenis aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. Maar hij legt deze regel beperkt uit, in die zin dat niemand de *eigendom* van zijn eigen zaak kan condiceren. De mogelijkheid om het *bezit* van een zaak te condiceren, wordt er dus niet door beperkt. Uit de verwijzing naar het feit dat het bezit ‘makkelijker’ kan worden overgedragen, blijkt het praktische inzicht van Paulus de Castro.

Het feit dat de eiser een bewijsrechtelijk voordeel kon hebben bij de beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio*, heeft niet het einde

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

163 Paulus de Castro ad D. 12,6,15,1, nr. 2, f. 47 r^o a: ‘Notatur ex primo et secundo dicto, declarationem ad multa iura, primo ad illa, quae dicunt quod nemo condicit rem suam. Unde si tradidi rem meam, et non transtuli dominium ratione erroris, vel alia causam, non possum illam condicere ratione proprietatis, sed debeo illam vindicare, vel per actionem ad exhibendum petere, ut supra de cond. ob caus. l. 3 § “Subtilius” et l. pen. in fi. Certe saltem possum condicere possessionem, quia illam bene transtuli cum facilius transferatur, et ex contractu nullo, vel erronea, ut l. 1 § “Si in re,” de acq. pos. et hic istum textum, et hoc vult glossa fin. in ver.’

ingeluid van de commentaren waarin het tegengestelde karakter van beide acties werd besproken. Zo besteedt ook de Rooms-Hollandse jurist Arnold Vinnius (1588–1657) in zijn commentaar op de Instituten nog ruim aandacht aan het problematische karakter van de beschikbaarheid van de *condictio* vanwege diefstal. Vinnius schrijft:

Vinnius ad I. 4,6,14: ‘Deze knoop is onontwarbaar, tenzij wij zeggen dat met betrekking tot de andere *conditiones* het woord ‘geven’ (*dare*) in een strikte zin is begrepen, en dit woord zo wordt begrepen dat hier eigendomsovergang onder wordt begrepen; en dat echter met betrekking tot de *condictio furtiva* dit zelfde woord op een meer soepele en oneigenlijke manier is begrepen, zodat dit woord uit hoofde hiervan de restitutie van een zaak inhoudt, en dit zegt de glosse en dit doet D. 45,1,29,1.’¹⁶⁴

Het feit dat de *condictio* volgens de bronnen principieel op eigendomsoverdracht is gericht, maar in geval van diefstal toch aan een eigenaar ter beschikking wordt gesteld, blijft een ‘onontwarbare knoop’ (*nodus indissolubilis*).

De conclusie van dit hoofdstuk luidt dat in het *ius commune* is aanvaard dat de *condictio* niet uitsluitend op eigendomsoverdracht was gericht, maar óók op bezitsverschaffing. De regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief, werd echter nog steeds geciteerd. De rechtvaardiging van de regel is bij Bartolus echter een andere dan in het klassieke Romeinse recht. Het uitzonderlijke karakter van de *condictio furtiva* – of van elke *condictio* wanneer deze tegen een dief werd ingesteld – bestond niet langer uit het feit dat dit de enige *condictio* was die geen eigendomsoverdracht beoogde, maar dat dit de enige *condictio* was die door een eigenaar kon worden ingesteld. Er trad dus een verschuiving op van het *petitum* van deze *condictio* naar de actieve legitimatie tot deze *condictio*. Deze verschuiving doet zich reeds bij Dinus en Révigny voor. De *condictio* kon immers het bezit van een zaak als voorwerp hebben. Het bezit van een zaak werd beschouwd als een vermogensrecht dat gecondiceerd kon worden – *possessio est res*, zo stelt de glosse. Reeds de glosse aanvaardt dit, maar uitsluitend in het kader van de *condictio triticaria* of de *condictio sine causa*. In het kader van de *condictio certi* is steeds, ook bij Bartolus, vastgehouden aan de regel dat niemand zijn eigen zaak kan condiceren, behalve van een dief. Ook Paulus de Castro bespreekt de samenloop tussen beide acties en stelt bovendien dat aan de beschikbaarheid van de *condictio*, naast de *rei vindicatio* voor de eiser een belangrijk bewijsrechtelijk voordeel is verbonden.

¹⁶⁴ Vinnius ad I. 4,6,14, p. 897: ‘Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in caeteris conditionibus verbum dandi proprie et stricte acceptum, eoque intellectam tantum dominii translationem; in conditione autem furtiva idem verbum laxius et improprie sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio, quod et glossa hic inuit et facit l. “Scire” 29 § 1 de verb. obl.’