

Tekst & Uitleg

D.12,5,9 Paulus, libro quinto ad Plautium

Si vestimenta utenda tibi commodavero, deinde pretium, ut reciperem, dedissem, conditione me recte acturum responsum est: quamvis enim propter rem datum sit et causa secuta sit, tamen turpiter datum est. Si rem locatam tibi vel venditam a te vel mandatam ut redderes, pecuniam acciperis, habebō tecum ex locato vel vendito vel mandati actionem: quod si, ut id, quod ex testamento vel ex stipulatu debebas, redderes mihi, pecuniam tibi dederim, conditio dumtaxat pecuniae datae eo nomine erit. Idque et Pomponius scribit.

Als ik U kleren heb uitgeleend om ze te gebruiken en vervolgens geld heb gegeven om ze weer terug te krijgen, dan kan ik terecht ageren met een *condictio*, zo is (door Plautius) geadviseerd: want hoewel er gegeven is wegens een tegenprestatie en die tegenprestatie ook is gevolgd, is er niettemin wegens een onzedelijke oorzaak gegeven. Als U geld hebt aangenomen om een zaak af te geven die aan U verhuurd is of door U verkocht is of die door mij in last gegeven is, zal ik tegen U de actie hebben uit verhuur of uit koop of uit lastgeving: maar als ik U geld heb gegeven om aan mij te geven wat U uit testament of uit stipulatie schuldig was, dan zal uit dien hoofde slechts een *condictio* mogelijk zijn ter opeising van de gegeven geldsom. En dat schrijft ook Pomponius.

De tekst is met name voor het onderwijs interessant omdat een reeks van redenen wordt opgesomd op grond waarvan een zaak door de een aan de ander wordt afgegeven: bruiklening, huur, koop, mandaat, testament en stipulatie. In het eerste geval heeft een overeenkomst bruiklening, *commodatum*, plaatsgevonden op grond waarvan de geleende zaken na afloop van de leentermijn door de lener moeten worden teruggegeven. Kennelijk gaat de lener daartoe pas over nadat de uitlener geld heeft betaald om zijn eigen kleren terug te krijgen. Ook in de volgende drie gevallen wordt geld aangenomen om te bereiken dat de tegenpartij doet waartoe hij krachtens overeenkomst verplicht is. De huurder weigert het gehuurde aan de verhuurder af te geven niet dan tegen betaling terwijl de verkoper de koopprijs al heeft geïnd maar de zaak pas na extra betaling levert. Moeilijker te achterhalen is het geval van het mandaat.¹ Er staat niet meer dan dat U geld hebt aangenomen om een in last genomen zaak af te geven. De glosse helpt ons en interpreteert de tekst aldus: *meo mandato emptam*. Het zou dus gaan om een zaak die U gekocht hebt in mijn opdracht en U dus aan mij moet afstaan. U doet dat pas nadat U van mij geld hebt gekregen. In de laatste twee gevallen moet U als erfgenaam een legaat uitkeren of op grond van stipulatie een zaak overdragen. U doet dat pas na U door de rechthebbende te hebben laten betalen. Dat min of meer afgeperste geld kan worden teruggevorderd met verschillende acties, die in de tekst worden vermeld. In

1 Pernice meent dan ook dat het een justiniaanse toevoeging is.

de gevallen van verhuur, koop en mandaat wordt geageerd uit het contract. In de uitvoering van het contract is onbehoorlijk gehandeld en aangezien de overeenkomsten een *bona fide* karakter hebben wordt dat onfatsoen in de acties verdisconteerd. Alleen met de *actio ex vendito* is iets aan de hand. In het weergegeven geval moet dat de uitkoop zijn en niet uit verkoop. De glosse verbetert dan ook: *ex empto*. De Anonymus, die de tekst van de Basilica heeft geleverd, leest de tekst anders. Hij geeft tegen de verkoper de reivindicatie: τὴν τοῦ ἀφαιρεθέντος πράγματος ἐκδίκησιν, dat wil zeggen: de reivindicatie van de weggenomen zaak.² Kennelijk gaat hij er van uit dat de verkoper na de levering de zaak weer heeft teruggenomen en slechts na betaling wil afstaan. Dat weigert de koper en stelt de reivindicatie in. In deze lezing wordt dus geen extra geld betaald.

In de eerste en de twee laatste gevallen wordt het betaalde geld met een *condictio* opgeëist. De *condictio* is een actie die in beginsel losgekoppeld is van het contract of scherper gezegd van de hoofdverbintenis. Er heeft een verrijking plaatsgehad en die dient ongedaan te worden gemaakt. In de formula van de *condictio* wordt niet aangegeven op welke grond de terugvordering plaatsvindt maar in de loop der tijd zijn er wel degelijk onderscheidingen gemaakt. Ook Plautius maakt in deze tekst een distinctie. Hij grondt de terugvordering niet op het feit dat iets is gegeven met het oog op een tegenprestatie en die tegenprestatie is uitgebleven. De *condictio causa data causa non secuta* is dus niet van toepassing want de tegenprestatie is wèl geschied. Ook de *condictio indebiti* komt niet in aanmerking omdat in geen van de gevallen de betaling in dwaling is geschied. Neen, Plautius vindt de afgeperste betaling schandelijk, *turpiter*, hetgeen een voldoende reden is om de *condictio* in te stellen, *condictio ob turpem vel iniustam causam*, zoals boven de titel D.12,5 staat. Met de *condictio* kan niet meer dan het gegeven bedrag worden opgeëist terwijl met de contractsacties alle ontstane schade wordt vergoed. Daarin ziet men het verschil tussen de *bona fide* acties en die *stricti iuris*. En daarmee kom ik tot het eigenlijke vraagstuk, een oud vraagstuk dat de pennen van vele grote romanisten in beweging heeft gezet. Volgens de tekst heeft ook de uitlener niet meer dan een *condictio*, hetgeen zou betekenen dat het contract van bruikleen in ieder geval in de tijd van Paulus, Plautius en Pomponius (2^e eeuw na Chr.) een *stricti iuris* contract was. Dat de actie uit bruikleen een bijzondere was staat al te lezen bij Gaius. Evenals de actie uit bewaargeving had zij een dubbele formula, een *in factum* en een *in ius concepta*. Gaius somt beide formulae van de *actio depositio* op en voegt daar aan toe dat de *formulae* van bruikleen van gelijke aard, *similes*, zijn.³ De *formula in factum concepta* is ongetwijfeld de oudste.⁴ Daarmee kan niet meer dan de objectieve waarde van de zaak worden geëist, *quanti ea res erit*, zeker niet het onnodig betaalde ter verkrijging van de kleren. Zoals Plautius al opmerkte is aan de uitvoering van het bruileningscontract voldaan. De kleren zijn immers teruggegeven. De *formula in ius concepta* geeft de rechter iets meer armslag. Zij is later, volgens Kaser in de vroeg klassieke tijd ontstaan. De formula vond haar grondslag in wat volgens het *ius civile* behoorde te worden gegeven of gedaan of gepresteerd, *dare facere praestare oportere*. Voldeed men niet aan deze civielrechtelijke verplichting dan kon men de schade verhalen in de breedste zin van het woord, *quidquid ob eam rem*. Maar viel daaronder ook de afgedwongen som die voldoening van de verplichting ten gevolge had? Aan het *oportere* was hoe dan ook voldaan. Wilde men die afgedwongen som ook onder de contractsactie begrijpen,

2 B. 24,2,9 = D. 12,5,9 (BT 1153/13-14).

3 Gaius, *Institutiones*, 4,47

4 M.Kaser, *Das römische Privatrecht*, erster Abschnitt 1971, p.534

dat wil zeggen onder de actie waarmee men de schade in de *uitvoering* van de overeenkomst opeiste, dan moest die actie een *clausula bonae fidei* bevatten, wij zouden nu zeggen een clause van de redelijkheid en billijkheid. Bevatte de klassieke *actio commodati* zo'n clause? Dat nu was en is de inzet van veel pennenstrijd. Het belang van de hele kwestie is natuurlijk gelegen in de natuur van de bona fide acties die toeliet dat ook de *pacta adiecta* met de hoofdactie konden worden opgeëist en dat de *exceptiones doli, pacti conventi* etc niet afzonderlijk in de formula hoefden te worden ingebracht. Dat in de Justiniaanse tijd de actie zo'n bona fide clause bevat staat buiten twijfel. Daar is iedereen het over eens. In de Digesten wordt op twee plaatsen ondubbelzinnig over het bona fide karakter gesproken⁵ en in Instituten 4,6,28 herhaalt Justinianus het nog eens. Dat is ook de reden dat sommige glossatoren, die zich niet bezig hielden met de ontwikkelingsgeschiedenis van de tekst van het Corpus Iuris, meenden dat Plautius het niet over bruikleen kon hebben gehad omdat aan de bruikleengever de *actio commodati* ter beschikking stond en hij zijn toevlucht dus niet behoefde te nemen tot de *condictio*. Zij meenden dat de tekst eigenlijk over een bijzonder soort bruikleen ging, namelijk over *precarium*.⁶ De kwestie spitste zich dus toe op de vraag of de *actio commodati* reeds in de klassieke tijd een *bona fide* clause bevatte of dat deze pas door Justinianus is ingevoegd. Het sterkste argument tegen de vroege aanwezigheid van de goede trouw clause is te vinden in Gaius 4,62. In dat fragment somt Gaius de *bonae fidei iudicia* op en hij wekt de schijn daarbij volledig te zijn. De *actio commodati* komt in het rijtje niet voor.⁷ Toch meende niemand minder dan Otto Lenel: 'das Recht der actio commodati stellt auch für die klassische Zeit ihren Bonae-fidei-Charakter ausser Zweifel'.⁸ Met deze mening stond hij recht tegenover Ernst Levy, die in 1915 de bona fide clause had ontkend met o.a. een beroep op Gaius.⁹ De afwezigheid in het rijtje van Gaius 4,62 verklaarde Lenel uit het ontbreken van de actie in de 'Vorlage' waarin de *formula in ius concepta* en dus de *clausula bonae fidei* nog niet voorkwam. Ook in de parallelle formulering *in ius concepta* van de *actio depositi* komt de goede trouw clause immers voor.¹⁰

Sinds zijn gezaghebbende uitspraak heeft Lenel voornamelijk bijval gekregen. Fritz Schulz sloot zich bij hem aan¹¹, en meer recent construeert Carlo Alberto Maschi opnieuw de *formula*

5 D.13,6,3,2; D.17,2,38,pr. In D.13,6,3 staat een interessant scholion over muntstukken die gewoonlijk vervangbaar zijn en dus voorwerp van verbruikleen maar soms onvervangbare zaken worden als ze bijvoorbeeld worden tentoongesteld of ter versiering dienen. Voor deze munten geldt het contract van bruikleen. BS 627 regel 19-23: Want soms brengen sommige lieden munten met zich mee in een processie om ze ten toon te stellen wat de weegmeesters doen bij het jaarlijkse feest van Sint Thomas, wat ook gebeurde toen de patricius Belisarius Antiochië binnentrok. En er zijn er ook die munten in het volk gooien in kristallijne potjes om duidelijk te maken dat er vrede is ontstaan. Sch. 8 ad B. 13,1,3 = D. 13,6,3 (BS 627/19-23): Ἔσθ' ὅτε γὰρ καὶ νομίματα τινες πομπῆς γενομένης προσφέρουσιν πρὸς ἐπίδειξιν, ὅπερ ἐν τοῖς ἐγκαινίοις τοῦ ἁγίου Θεωμᾶ ποιοῦσιν οἱ ζυγοστάται· ὅπερ ἐγένετο καὶ ἐν Θεουπόλει παριόντος ἐκεῖ τοῦ πατρικίου Βελισσαρίου. Τινὲς δὲ καὶ ἐν σκεύεσιν ὑελίνοις νομίματα βάλλοντες δημοσίᾳ δηλοῦσι τὴν τότε γινομένην εἰρήνην.

6 Glosse *condictione*: Alii dicunt non habere hunc locum (sc. conditionem) ubi est actio ex eo contractu; et hunc casum intelligunt in tali commodato quod precarium sit, non vere commodum.

7 Gaius, *Institutiones*, 4, 62: Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae.

8 O.Lenel, *Das Edictum Perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3. Auflage, 1974, p.253

9 E.Levy, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in ZSS 1915, p.2-5

10 Gaius, *Institutiones*, 4,47

11 F.Schulz, *Classical Roman Law*, 1951, p.513; Over de afzonderlijke positie van *commodatum* als reëel contract Schulz, *History of Roman Legal Science*, 1947, p.162

in ius concepta van de actie voorzien van een *clausula bonae fidei*.¹² Max Kaser somt de argumenten voor en tegen op en concludeert halfslachtig: 'Die Formel scheint nicht die Klausel *ex fide bona* gehabt zu haben, doch wurde sie von den Juristen in wesentlichen Beziehungen dem *bonae fidei iudicia* gleichgehalten.'¹³ Reinhard Zimmermann ten slotte onthoudt zich van een oordeel: 'Whether the *actio commodati* was a *iudicium bonae fidei* or not cannot be established with certainty and remains a matter of speculation.'¹⁴

In deze zich geheel binnen de romanistenkring afspelende discussie is wellicht een nieuw argument te vinden ten gunste van het late ontstaan van het *bona fide* karakter van de *actio commodati* en dus tegen de dominante mening van Lenel. Dat argument kan men lezen in een scholion van de Byzantijnse jurist Cyrillus op de tekst van Basilica 24,2,9.¹⁵ Cyrillus behoorde niet tot de antecessors. Hij heeft namelijk een *summa* geschreven die ook de βιβλία ἐξτραόρδινα omvatte en dus in beginsel voor de praktijk was bestemd.¹⁶ Deze *summa*, die bekend staat als de Ἐκδοσις omdat zij als doorlopend commentaar in de marge van de handschriften is opgenomen, moet kort na de uitvaardiging van de Digesten zijn geschreven. Aan de verkorte weergave van onze tekst heeft hij een interessante opmerking toegevoegd. Hij schrijft:

Κυρίλλου. Ἐὰν λάβῃς τι ἐξ ἐμοῦ, ἵνα ἀποδῶς μοι ὁ ἔχρησά σοι, ἔχω κονδικτικίον. Ἐπὶ τῶν βοναφίδε ἀγωγῶν ὁ λαβὼν, ἵνα ἀποδῶ ὁ χρεωστῆ, καὶ διὰ τῆς πρωτοτύπου αἰτίας ἀπαιτεῖται ἂ ἔλαβεν ἐπὶ δὲ τῶν στρίκτων μόνῳ τῷ κονδικτικίῳ.

Van Cyrillus. Indien U iets krijgt van mij, opdat U iets teruggeeft wat ik U heb uitgeleend, heb ik de *condictio*. Bij de *bona fide* acties kan van hem, die (geld) heeft genomen, opdat hij afgeeft wat hij (toch al) schuldig was, dat (geld) door de hoofdactie worden opgevorderd; bij de *stricti iuris* alleen door de *condictio*.

Was de *actio commodati* in de tijd waarin Cyrillus deze opmerking maakte een *actio bonae fidei*? Dat lijkt me zeker het geval. Toch geeft hij in het besproken geval een *condictio*. Dat kan hij hebben gedaan omdat hij de tekst klakkeloos heeft vertaald. Plautius geeft immers ook een *condictio*. Maar uit zijn toevoeging meen ik te mogen opmaken dat hij de actie tot de *stricti iuris* rekende zoals hij dat in zijn pre-justiniaanse studietijd had geleerd. Nadat hij namelijk de *condictio* heeft toegekend, zegt hij dat de hoofdactie van toepassing zou zijn op het onderhavige geval indien het een *bona fide* actie zou hebben betroffen. Nu er een *condictio* wordt gegeven is volgens Cyrillus de *actio commodati* een *actio stricti iuris*. Cyrillus vergist zich dus en put zijn kennis nog uit de vóór-justiniaans periode waarin hij heeft gestudeerd. Indien dat zo is, dan heeft de *actio commodati* haar *bona fide* karakter pas

12 C.A.Maschi, *La categoria dei contratti reali*, 1973 p.231 ; vgl verder C.M.Tardivo, *Studi sul commodatum*' 1983 ; P.Zannini, *Spunti critici per una storia del commodatum*, 1983

13 M.Kaser, *Das römische Privatrecht*, erster Abschnitt 1971, p.534; uitvoeriger: Idem, *Oportere und ius civile*, ZSS 1966, p.30ff.

14 R.Zimmermann, *The Law of Obligations* 1990, p.190; cf. J.Zablocki, *Ex bona fide nella formula del comodato, Il Ruolo della bona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di Luigi Garofalo, IV, Milano 2003, p. 453-463

15 Sch. 1 ad B. 24,2,9 = D. 12,5,9 (BS 1738/ 13-16).

16 Zie voor Cyrillus, H.J.Scheltema, *Opera minora*, 2004, p.404-412; N.van der Wal en J.H.A.Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*, 1985 p.46-51

gekregen in de tijd van Justinianus. Het is, ik geef toe, een subtiel argument voor de late toekenning van de *bona fide* aard van de actie maar het wordt hier aangevoerd om het belang te laten zien van de Griekse bronnen voor de uitleg van de Latijnse tekst.

J.H.A. Lokin

Groningen

