

Enige opmerkingen en mededelingen over samenloop van verschillende vorderingen na diefstal

1. Inleiding

De bestolene kan naar Nederlands recht meerdere vorderingen instellen. Uiteraard blijft de bestolene eigenaar van de zaak en kan hij deze dus revindiceren. Deze mogelijkheid heeft de bestolene in de meeste gevallen tot drie jaren na de diefstal: pas na drie jaren is een mogelijke derde te goeder trouw immers veilig voor de revindicatie van de bestolene¹, hetzij langs de weg van artikel 3:86, hetzij langs de weg van artikel 3:99. Tot die tijd kan de bestolene het bezit van zijn zaak ‘als zijn eigendom’² opeisen. Tegen de dief kan de bestolene in plaats van de revindicatie ook een actie uit onrechtmatige daad tot schadevergoeding bestaande uit teruggave van het bezit van de zaak instellen. Een nadeel van de onrechtmatige daadsactie is gelegen in het feit dat voor het slagen van de actie de eigenaar zal moeten bewijzen dat de bezitter de zaak door diefstal verkreeg.³ Bovendien wordt met een onrechtmatige daadsactie in eerste instantie een geldsom gevorderd, de rechter kan de gevraagde teruggave van het bezit van de zaak gelasten, hij hoeft dit echter niet te doen.⁴ De meeste bestolenen die hun zaak bij de dief aantreffen zullen de dief dus met de revindicatie aanspreken om het bezit van de zaak terug te krijgen.

Wat nu echter wanneer de dief de gestolen zaak heeft doorverkocht aan een derde? De bestolene kan ook in zo’n geval de dief uit onrechtmatige daad aanspreken. Hij zal van de dief geen teruggave van het bezit van de zaak, maar schadevergoeding ter hoogte van de waarde van de gestolen zaak vorderen. Het is onduidelijk wat de verhouding tussen deze schadevergoedingsactie en de revindicatie is.⁵ Wat bijvoorbeeld te denken van het volgende geval: B steelt een ring van A. B verkoopt deze ring door aan de bona fide C. Enkele weken na de diefstal komt A er achter dat B hem de ring heeft ontnomen. Hij spreekt B aan uit onrechtmatige daad, waarop B A de waarde van de gestolen ring vergoedt. Weer een tijdje later ziet A tot zijn verbazing dat C de gestolen ring draagt. Kan A in zo’n geval de ring onder C revindiceren? Zou bij bevestigende beantwoording de bestolene niet bevoordeeld zijn? Of zou de bestolene in een dergelijk geval slechts kunnen revindiceren onder afdracht van de eerder ontvangen schadevergoeding aan de bezitter? Ik

¹ Ik laat de gevallen waarin een derde wel direct eigenaar wordt langs de weg van art. 3:86 lid 3, omdat de derde de zaak in een winkel kocht, buiten beschouwing. Zie over gevallen waarin de bestolene de eigendom langs de weg van art. 3:95 door middel van een akte overdraagt hieronder, par. 2.3.1.

² Zo luiden de bewoordingen van artikel 3:86 lid 3.

³ Zie Pitlo-Reehuis, *Goederenrecht*, Deventer, 2001, 11e druk, nr. 472.

⁴ Zie art. 6:103 en Asser-Hartkamp-Sieburgh, *Verbintenissenrecht IV III*, Zwolle, 2006, nr 411 e.v.

⁵ Zie over samenloop in het algemeen, Brunner, *Beginnelsen van samenloop*, 2^e druk 1984, zie verder Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss.), Leiden, 1966 passim.

zal in deze bijdrage proberen een antwoord op dit soort vragen te geven. Hiertoe zal ik hieronder eerst het Romeinse recht bespreken omdat het Romeinse recht anders dan het Nederlandse recht wel een regeling kende van de verhouding tussen de verschillende vorderingen die de bestolene in kon stellen.

2. Romeins recht

2.1 *Actio furti, rei vindicatio en condictio furtiva*

Ook naar Romeins recht⁶ kon de bestolene meerdere vorderingen instellen. Allereerst kon de bestolene de dief door middel van de *actio furti* aanspreken tot het betalen van een boete. Betrapte de bestolene de dief op heterdaad dan bedroeg die boete vier maal de waarde van de gestolen zaak, in andere gevallen moest de dief de bestolene twee maal de waarde van de zaak vergoeden. Naast de zuiver poenale actie kon de bestolene van iedere bezitter en dus ook van de dief de gestolen zaak opeisen door de revindicatie in te stellen. Het zal echter niet altijd mogelijk zijn geweest om de zaak onder de dief te revindiceren. Omdat de meeste dieven de buit spoedig na de diefstal te gelde maken, is de gestolen zaak vaak onvindbaar. Verder kan het natuurlijk zo zijn dat de gestolen zaak teniet is gegaan of op originele wijze (bijvoorbeeld door natrekking) door iemand in eigendom is verkregen. Het Romeinse recht bood de bestolene in deze drie gevallen een alternatief voor de revindicatie, de *condictio furtiva*. Met de *condictio furtiva* vorderde de bestolene dat hem de eigendom van de gestolen zaak werd teruggegeven. Wanneer de gestolen zaak vernietigd was of door een ander in eigendom was verkregen is het logisch dat de bestolene de *condictio* in kon stellen, in die gevallen was het immers onmogelijk te revindiceren. De *condictio furtiva* was in dergelijke gevallen een surrogaat voor de revindicatie, in plaats van de gestolen zaak kreeg de bestolene één maal de waarde van de gestolen zaak.⁷

Een merkwaardig kenmerk van de *condictio furtiva* was gelegen in het feit dat de bestolene de *condictio furtiva* ook kon instellen wanneer hij nog wel de mogelijkheid had om de zaak te revindiceren.⁸ Wanneer de dief de zaak bijvoorbeeld had doorverkocht aan een derde kon de bestolene uiteraard (wanneer hij zijn zaak opspoorde) de zaak nog

⁶ Zie Lokin, *Prota, vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen, 6^e druk 2001, p. 321 en p. 328.

⁷ Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden, 1^e druk 1945, p. 344, wijst nog op een geval waarin alleen de *condictio furtiva* de bestolene uitkomst bood: wanneer de gestolen zaak tenietging en de dief overleed kon de bestolene de erfgenamen van de dief alleen met de *condictio* aanspreken. De poenale aansprakelijkheid op grond van de *actio furti* vererfde namelijk niet.

⁸ Een andere eigenaardigheid van de *condictio furtiva* was gelegen in het feit dat de bestolene de dief aansprak om de eigendom terug te geven, alhoewel duidelijk was dat de dief geen eigenaar van de buit was geworden, zie bijvoorbeeld Lokin, a.w. p. 321.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

revindiceren. Toch kon de bestolene ervoor kiezen in dergelijke gevallen direct de dief met de *condictio furtiva* aan te spreken. Uiteindelijk werd het zelfs mogelijk om tegen de dief die in het bezit van de buit was op te treden met de *condictio furtiva*. Gaius heeft er de volgende verklaring voor:

Gaius, Insituten 4,4: Ontegenzeggelijk is uit haat tegen de dieven, opdat deze met des te meer acties kunnen worden aangesproken, erkend, dat, behalve de straf van het dubbele of het viervoud, dieven ter terugverkrijging van de zaak ook aansprakelijk kunnen worden gesteld door de actie “Indien het blijkt, dat zij moeten geven” (de *condictio furtiva*, JEJ), ofschoon tegen hen ook die actie kan worden ingesteld, waardoor wij onze zaak opeisen (de revindicatie, JEJ).⁹

Het is de vraag hoe ver de haat tegen de dieven ging. Was het bijvoorbeeld mogelijk om eerst de gestolen zaak onder de dief te revindiceren om hem vervolgens met de *condictio furtiva* aan te spreken? De volgende Digestentekst beantwoordt deze vraag ontkennend:

D. 47,2,9,1 Als ik echter die zaak van de dief met de eigendomsactie heb opgeëist, blijft de condictie tot mijn beschikking. Maar dan kan men zeggen dat het tot de ambtsplicht van de rechter die van het eigendomsgechil kennis neemt, behoort om alleen dan afgifte te gelasten, als de eiser afziet van de condictie.¹⁰

Uit het fragment blijkt de praktische oplossing die de Romeinen kozen om samenloop tussen de revindicatie en de *condictio furtiva* te voorkomen. De revindicant moest in het eigendomsproces afstand doen van de *condictio furtiva*.¹¹ De achterliggende gedachte is duidelijk; omdat beide acties te beschouwen zijn als schadevergoedingsacties kan de bestolene slechts één van de 2 acties instellen, hij krijgt zijn schade slechts éénmaal vergoed.

Het vervolg van het hierboven geciteerde Digestenfragment is volstrekt in overeenstemming met deze regel. Wanneer de bestolene eerst de *condictio furtiva* heeft ingesteld kan hij op een later tijdstip niet zomaar revindiceren:

D. 47,2,9,1 Doch als de gedaagde aanvankelijk op grond van de condictie veroordeeld is en de getaxeerde waarde van het procesobject heeft betaald, moet de rechter of de eis tegen de gedaagde hoe dan ook afwijzen, of de bezitter moet –en dit geniet de voorkeur–, gesteld dat de eiser bereid is

⁹ *Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit etiam adversus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.* De vertaling ontleende ik aan AC Oltmans, *De Instituten van Gaius*, 3^e druk 1967.

¹⁰ *Sed si eam a fure vindicasset, condictio mihi manebit. Sed potest dico officio iudicis, qui de proprietate cognoscit, contineri, ut non aliter iubeat restitui, quam si ex conditionem petitor remitterit.* De vertaling van deze en de volgende Digestenteksten is ontleend aan Spruit c.s.

¹¹ Hierover, Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, deel V, Berlin, 1841, p. 262.

de getaxeerde waarde terug te geven en dat de slaaf niet wordt teruggegeven, jegens de eiser veroordeeld worden tot de waarde die deze in het proces onder ede opgegeven heeft.¹²

De tekst beschrijft het volgende geval: B heeft A's slaaf gestolen. A kiest ervoor de slaaf niet van B te revindiceren maar B met de *condictio furtiva* aan te spreken. A vordert dan zoals ik hierboven opmerkte geen teruggave van de zaak maar één maal de waarde van de zaak. Om die waarde te bepalen schatte de rechter deze tijdens het proces. Deze schatting werd *litis aestimatio* genoemd. Werd B veroordeeld dan werd hij verplicht A de geschatte waarde van de slaaf af te staan. Wanneer nu A op een later tijdstip het eigendomsbewijs rond heeft en de revindicatie tegen B instelt dreigt samenloop tussen de revindicatie en de *condictio furtiva*. De Digestentekst geeft twee mogelijke oplossingen: ofwel de eis moet sowieso worden afgewezen of A moet de geschatte waarde van de slaaf teruggeven aan B, waarop B, -wanneer hij de slaaf niet teruggeeft- opnieuw veroordeeld wordt tot het betalen van de geschatte waarde van de slaaf. Pomponius geeft aan de laatste oplossing de voorkeur. Om deze voorkeur te kunnen begrijpen is het noodzakelijk een uitstap naar het Romeinse procesrecht te maken.

2.2. *Litis aestimatio*

Het Romeinse recht kende geen reële executie. In het Romeinse proces werd de gedaagde, indien de eis door de rechter werd ingewilligd, altijd veroordeeld tot het betalen van een geldsom.¹³ Wanneer A bijvoorbeeld zijn gestolen paard onder dief B revindiceerde dan schatte de rechter de waarde van het paard en verplichtte B wanneer hem de eis juist leek dit bedrag aan A te geven. Zoals ik hierboven al schreef was de technische term *litis aestimatio*. Omdat het A natuurlijk veeleer om zijn paard dan om de waarde van het paard te doen zal zijn geweest was het mogelijk om in de *formula* van het proces een zogenoemde restitutieclausule op te nemen. Partijen spraken dan af dat B ook van zijn verplichtingen gekwetten was wanneer hij het paard aan A afstond. A kon B er echter niet toe dwingen hem het paard af te staan. Wanneer B ervoor koos de waarde van het paard aan A af te staan had A dit maar te accepteren. Het is de vraag wat de goederenrechtelijke¹⁴ gevolgen van het betalen van de geschatte waarde door de veroordeelde zijn. Er zijn twee mogelijkheden: B wordt ofwel eigenaar of verjaringsbezitter. In de Digesten is steun voor beide mogelijkheden te vinden:¹⁵

¹² *Quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvatur reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.*

¹³ Zie Gaius, *Instituten*, IV, 48.

¹⁴ Uiteraard was de dief met de poenale *actio furti* tegenover de bestolene voor het dubbele of zelfs vierdubbele van de waarde aansprakelijk. Zie ook hierboven onder 2.1. Hier ga ik alleen op de goederenrechtelijke gevolgen van het betalen van de *litis aestimatio* door de dief.

¹⁵ In de Digesten zijn tientallen teksten over dit onderwerp te vinden. Zie voor een volledig overzicht Ehrhardt, *Litis Aestimatio im Römischen Formularprozess* 1934, p. 162 e.v.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

B wordt eigenaar:

D. 6,1,46 Van een zaak die is opgeëist met een zakelijke actie en die is geschat op de waarde die de eiser tijdens het proces onder ede heeft genoemd, komt de eigendom onmiddellijk toe aan de bezitter. Ik word immers geacht met hem een schikking te hebben getroffen en tot een vergelijk te zijn gekomen op het bedrag dat hij zelf heeft vastgesteld.¹⁶

B wordt verjaringsbezitter:

D. 41,4,1 De bezitter die de geschatte waarde van het procesobject heeft aangeboden, vangt aan te bezitten 'als koper'.¹⁷

D. 41,4,2,21 Maar voor het geval ik er de voorkeur aan heb gegeven om de geschatte waarde van het procesobject te betalen zegt Julianus dat voor degene die de geschatte waarde van het procesobject heeft betaald, de grondslag van diens bezit veranderd wordt. En volgens hem geldt hetzelfde, als de eigenaar een zaak ten geschenke zou hebben gegeven aan iemand die deze van een niet-eigenaar had gekocht. Deze mening is juist.¹⁸

D.6,2,7,1 Als de waarde van de litigieuze zaak is geschat, is er gelijkenis met verkoop; en Julianus zegt in het 22^e boek van zijn Digesten, dat, als de gedaagde kiest voor betaling van de geschatte waarde, de Publiciaanse actie van toepassing is.¹⁹

Nu zou beweerd kunnen worden dat wanneer het zoals in het gegeven voorbeeld om een gestolen zaak gaat per definitie niet mogelijk is dat B verjaringsbezitter wordt omdat de eigendom van gestolen zaken niet door verjaring kan worden verkregen. Pas wanneer de gestolen zaak terugkeerde bij de eigenaar (*reversio*) was de zaak volgens de Lex Atinia weer vatbaar voor verjaring. Uit de volgende twee Digestenteksten volgt dat de Romeinse juristen in het betalen van de geschatte waarde aan de eigenaar een vorm van terugkeer bij de eigenaar zagen en verjaring dus weer mogelijk werd:

D. 41,3,4,13 Ook echter als ik een zaak die mij is ontnomen met de eigendomsactie heb opgeëist en de geschatte waarde heb ontvangen, zal zij door verjaring kunnen worden verkregen, ook al heb ik lijfelijk het bezit ervan niet verkregen.²⁰

¹⁶ *Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.*

¹⁷ *Possessor, qui litis aestimatio optulit, pro emptore incipit possideri.*

¹⁸ *Sed si litis aestimationem suffere maluerim, ait Julianus causam possessionem mutari ei, qui litia aestimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est.*

¹⁹ *Si litis fuerit aestimata, similis est venditioni: et ait Iulianus libro vicensimo secundo digestorum, si optulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.*

²⁰ *Sed et si vindicavero rem mihi subreptam et litis aestimationem accepero, licet corporaliter eius non sim nactus possessionem, usucapietur.*

D. 47,2,85 Hoewel een gestolen zaak niet door verjaring verkregen kan worden tenzij deze bij de eigenaar teruggekeerd is, moet men toch zeggen dat, als dienaangaande in een proces de waarde is geschat of de eigenaar haar aan de dief heeft verkocht, het recht van verjaring niet langer onderbroken wordt.²¹

2.2.1. Eigendom of verjaringsbezit?

Wordt nu degene die de geschatte waarde van de zaak heeft betaald eigenaar of verjaringsbezitter? Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden. Mijns inziens kende het Romeinse recht enkele gevallen waarin degene die de geschatte waarde betaalde eigenaar werd, maar werd hij in de meeste gevallen verjaringsbezitter. Hoe werd nu de goederenrechtelijke positie van degene die de geschatte waarde had betaald bepaald?

De bekendste tekst in de Digesten waarin sprake is van eigendomsverkrijging na het betalen van de geschatte waarde is de volgende –hierboven ook al geciteerde- D. 6,1,46:

Van een zaak die is opgeëist met een zakelijke actie en die is geschat op de waarde die de eiser tijdens het proces onder ede heeft genoemd, komt de eigendom onmiddellijk toe aan de bezitter. Ik word immers geacht met hem een schikking te hebben getroffen en tot een vergelijk te zijn gekomen op het bedrag dat hij zelf heeft vastgesteld.²²

Opvallend in deze tekst is dat de zaak in het proces is opgeëist met een zakelijke actie. We kunnen er dus vanuit gaan dat de eiser de revindicatie²³ tegen de gedaagde heeft ingesteld. Wanneer de gedaagde de geschatte waarde aan de eiser vergoedt wordt de gedaagde volgens de tekst onmiddellijk eigenaar van de zaak. Nu zou hiertegen in kunnen worden gebracht dat eigendomsverkrijging op deze wijze onmogelijk is omdat de zaak niet op de juiste wijze is overgedragen. Wanneer de zaak waarover geprocedeerd werd een *res Mancipi* was omdat de voor eigendomsovergang vereiste *mancipatio* achterwege gebleven was, en wanneer het om een *res nec Mancipi* ging was het bezit niet door de eiser-vervreemder aan de gedaagde-verkrijger verschaft zoals voor eigendomsovergang van een dergelijke zaak vereist was.²⁴ Dit bezwaar is inderdaad door Levy in een uitvoerig opstel in het Savigny Zeitschrift naar voren gebracht:

²¹ *Quamvis res furtiva, nisi ad dominum redierit, usucapi non possit, tamen, si eo nonime lis aestimata fuerit vel furi dominus eam vendiderit, non interpellari iam usucapionis ius dicendum est.*

²² *Eius rei, quae per in rem actionem petita tanti aestimata est, quanti in litem actor iuraverit, dominium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.*

²³ Of een andere zakelijke actie zoals de *actio Publiciana* of de *hereditatis petitio*. In deze zin Siber, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, p. 139 e.v. Ik houd in dit opstel een aan Siber ontleend onderscheid aan in de verschillende acties die na diefstal kunnen worden ingesteld.

²⁴ Vergelijk over het onderscheid in *res Mancipi* en *res nec Mancipi* bijvoorbeeld Lokin, a.w., Z8.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

‘Für die *res Mancipi* liegt es auf der Hand. Nicht einmal die Voraussetzungen einer Tradition waren erfüllt, weil es regelmässig an der vom Kläger ausgehenden Besitzübertragung, ausnahmslos an der *iusta causa* fehlte.’²⁵

Allereerst moet bij het standpunt van Levy worden opgemerkt dat de eigendomsoverdracht van een *res Mancipi* zonder de vereiste *mancipatio* inderdaad weinig waarschijnlijk is. Justinianus heeft het onderscheid in *res Mancipi* en *res nec Mancipi* echter afgeschaft en er is verder ook geen reden om aan te nemen dat deze tekst (alleen) over *res Mancipi* gaat. Maar ook wanneer we aannemen dat de tekst over *res nec Mancipi* gaat lijkt de eigendomsoverdracht te mislukken nu het bezit van de zaak niet door de eiser aan de gedaagde werd verschafft, maar zich steeds bij de gedaagde bevond.²⁶ Het is echter de vraag of de Romeinen voor wat betreft de eigendomsovergang van een *res nec Mancipi* in een dergelijk geval streng vasthielden aan de eisen die aan een geldige *traditio* werden gesteld. Om deze vraag te beantwoorden is het instructief een vergelijking te maken met de casus van de ‘dief-met-berouw’ die de buit na de diefstal van de bestolene koopt. De volgende Digestentekst bespreekt een geval rond zo’n *pentito*:

D.41,1,21,1 Indien u een zaak van mij in bezit hebt en ik wil dat deze van u wordt, dan wordt zij uw eigendom, hoewel het bezit ervan niet bij mij heeft berust.²⁷

De Romeinen eisten in dergelijke gevallen kennelijk niet dat de dief-koper de buit aan de bestolene-verkoper afstond zodat deze de koper het bezit van de zaak kon verschaffen, zoals vereist was bij eigendomsverkrijging door *traditio*. De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de bestolene de zaak aan de dief wilde verkopen. In die wil ligt de *animus dominii transferendi* besloten die vereist is voor bezitsverschaffing bij eigendomsoverdracht. Wellicht dus hielden de Romeinen ook wanneer de gedaagde de eigenaar in een eigendomsproces de geschatte waarde vergoedde niet streng vast aan de eisen die aan een geldige *traditio* werden gesteld.²⁸ Wanneer een Romein een eigendomsproces begon wist hij dat er een kans bestond dat hij met de geschatte waarde van de zaak genoeg moest nemen. De tekst zou aldus te verklaren zijn dat voor dat geval de *animus dominii transferendi* bij de eiser aanwezig werd geacht en de bezitsverschaffing en eigendomsoverdracht dus geslaagd waren.²⁹

²⁵ Levy, ‘Die Enteignung des Klägers im Formularprozess’, in *Savigny Zeitschrift* XLII, 1921, p. 476-514, p. 484.

²⁶ Het andere bezwaar dat Levy tegen eigendomsovergang formuleert, de ontbrekende *iusta causa* deel ik niet. Een rechterlijke uitspraak lijkt mij een prima titel voor eigendomsoverdracht.

²⁷ *Si rem meam possideas et eam velim tuam esse, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit.*

²⁸ Vgl. ook de parallel tussen deze 2 casus die in de hierboven weergegeven D. 47,2,8,5, wordt getrokken.

²⁹ Deze zienswijze lijkt te worden bevestigd door de direct op de tekst volgende Digestentekst waarin het volgende staat: D.6,1,47 Dit geldt als de zaak aanwezig is. Is deze afwezig, dan geldt hetzelfde op het moment dat de bezitter het bezit met instemming van de eiser heeft verworven. En daarom is het niet vreemd dat door de rechter alleen dan de geschatte waarde wordt bepaald, als de eiser de garantie heeft

In de meeste processen zal het echter zover niet gekomen zijn. Eigendomsverkrijging door de gedaagde kwam alleen voor wanneer de gedaagde geen gebruik had gemaakt van de mogelijkheid om de zaak nadat de rechter het eigendomsrecht van eiser bewezen had verklaard aan de eiser af te geven om zo het proces te beëindigen (*arbitrium judicis de re restituenda*) en aan een geldveroordeling te ontkomen. De gedaagde moest in dergelijke gevallen de door de eiser gezwoeren waarde van de zaak (*iusiurandum in litem*) betalen.³⁰ Het voordeel dat de eiser hiermee behaalde was erin gelegen dat hij de waarde van de zaak waarover werd geprocedeerd zelf kon vaststellen. Een eigendomsoverdracht lijkt in dergelijke gevallen voor de hand te liggen omdat de eiser dan in feite de prijs waarvoor hij de zaak wil afstaan kan bepalen. Wanneer de gedaagde de zaak niet aan de eiser afgeeft is het namelijk zeker dat de gedaagde tot het betalen van een geldsom zal worden veroordeeld.³¹ Deze lezing van de tekst wordt ondersteund door het feit dat in D.6,1,46 de eiser de waarde van de zaak zweert en er na betaling van die waarde gesproken wordt van een schikking ofwel vergelijk tussen eiser en gedaagde. In de literatuur wordt dan ook aanvaard dat eigendomsverkrijging door de gedaagde alleen na een *iusiurandum in litem* mogelijk was.³²

Wat er van deze procesrechtelijke kanttekeningen bij D.6,1,46 zij: Duidelijk lijkt mij dat het Romeinse recht gevallen kende waarin degene die de geschatte waarde betaalde eigenaar van de zaak waarover geprocedeerd werd.³³ Talrijk zullen deze gevallen niet zijn geweest. Ten eerste lijkt de regel slechts te gelden in die gevallen waarin de litigieuze zaak

gegeven dat het niet door zijn toedoen zal zijn dat het bezit van die zaak niet zal worden overgedragen. Wanneer de zaak ten processe afwezig is wordt gedaagde niet direct eigenaar en gaat de rechter er slechts toe over de geschatte waarde te bepalen wanneer de eiser garandeert dat hij aan de (latere) bezitsverschaffing mee zal werken. In deze tekst lijkt een verband te worden gesuggereerd tussen de eigendomsverkrijging van de gedaagde en de daartoe vereiste bezitsverschaffing. Het lijkt dus wel degelijk mogelijk dat degene die de geschatte waarde betaalde eigenaar van de zaak werd, namelijk in de gevallen waarin een eigendomsproces werd gevoerd over de zaak tegen de gedaagde-bezitter. Het is mij enigszins onduidelijk hoe de eiser een zakelijke actie in kan stellen tegen een gedaagde die niet in het bezit van de zaak is. Zie daarover hieronder noot 35.

³⁰ Zie bijvoorbeeld Vangerow, *Pandekten*, Erster Theil, Marburg-Leipzig, 1845, p. 578.

³¹ Vergelijk hierover Wenger, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts*, München, 1925, p. 140-142.

³² Ehrhardt, a.w., geeft een overzicht op p. 143. In tegenspraak hiermee lijkt D.16,3,30 waar de bewaarnemer eigenaar van de in bewaring geven zaak wordt op het ogenblik dat zijn borg, hiertoe door de bewaargever aangesproken, hem de geschatte waarde van de zaak afstaat. Zie hierover, Ehrhardt, a.w. p. 144 e.v.

³³ Voor Levy gaat ook de zienswijze van Vangerow te ver, zijns inziens betekent het woord 'dominium' in D.6,1,46 geen eigendom maar verjaringsbezit, a.w. 484. Vgl. Ook Van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, 1945, Leiden, p. 100 noot 96. Levy's zienswijze is in strijd met de Glosse op pertinet waar duidelijk wordt gesteld dat de eigendom overgaat wanneer degene die de *litis aestimatio* ontvangt eigenaar van de zaak is.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

aanwezig is.³⁴ Ten tweede moest de eiser een zakelijke actie instellen. Wat nu echter wanneer de bestolene geen zakelijke maar een persoonlijke actie instelt? Allereerst behoort het tot de mogelijkheden dat de bestolene tegen de dief met de *condictio furtiva* procedeert. Die casus wordt beschreven in de hierboven ook al geciteerde Digestentekst:

D. 47,2,9,1 Doch als de gedaagde aanvankelijk op grond van de condictie veroordeeld is en de getaxeerde waarde van het procesobject heeft betaald, moet de rechter of de eis tegen de gedaagde hoe dan ook afwijzen, of de bezitter moet –en dit geniet de voorkeur–, gesteld dat de eiser bereid is de getaxeerde waarde terug te geven en dat de slaaf niet wordt teruggegeven, jegens de eiser veroordeeld worden tot de waarde die deze in het proces onder ede opgegeven heeft.³⁵

Volgens de auteur, Pomponius, moet de revindicatie van de bestolene die de *condictio furtiva* al heeft ingesteld niet hoe dan ook afgewezen worden. We moeten kennelijk aannemen dat de dief geen eigenaar van de zaak is geworden, anders had de eis van de bestolene wél direct moeten worden afgewezen. Dit lijkt ook wel logisch: wanneer de bestolene de *condictio furtiva* tegen de dief instelt neemt hij hiermee in de regel niet het risico dat een geldveroordeling in de plaats kwam van afgifte van de zaak. Normaliter zal de bestolene de *condictio furtiva* alleen tegen de dief instellen die niet in het bezit van de zaak is. Nu was het zoals wij hierboven zagen ook mogelijk om tegen de bezittende dief de *condictio furtiva* in te stellen. In de tekst die hier aan de orde is lijkt zich een dergelijk geval voor te doen. Ook dan werd de dief echter geen eigenaar omdat in het proces dat gevoerd werd wanneer de *condictio furtiva* werd ingesteld de mogelijkheid van afgifte van de zaak³⁶ bij en bij weigering hiervan een geldveroordeling door een eed van de eiser niet mogelijk was. Dit blijkt duidelijk uit de volgende Digestentekst:

De schattingseed wordt afgelegd bij zakelijke acties, de actie tot productie alsmede bij acties berustend op de goede trouw.³⁷

³⁴ Er zijn verschillende teksten die gevallen bespreken waarin de litigieuze zaak afwezig is. Allereerst valt te wijzen op D.6,147 waaraan ik hierboven in noot 30 aandacht besteedde. Verder zijn te noemen D.6,1,63, D.6,1,69 en D.6,1,70. Over de precieze betekenis van deze teksten bestaat veel onduidelijkheid. Allereerst is het bijvoorbeeld lastig voorstelbaar dat de eiser met een zakelijke actie procedeert en de zaak afwezig is. Om dergelijke gevallen te voorkomen stond de eiser nu juist de *actio ad exhibendum* ten dienste, vgl. Van Oven, a.w. p. 100-102. Ehrhardt schrijft, sprekend over deze teksten, dat ‘vieles unklar bleibt’, maar dat in ieder geval duidelijk is dat de theoriën van de eerdere schrijvers onjuist zijn, a.w. p. 155-156.

³⁵ *Quod si ex conductione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.*

³⁶ Dat is wel te begrijpen: de *condictio furtiva* was immers als surrogaat voor de revindicatie ontwikkeld, dat wil zeggen bedoeld voor die gevallen waarin de dief de zaak niet kon teruggeven. Vgl. Van Oven, a.w., p. 344.

³⁷ D.12,3,5 *In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei iudiciis in litem iuratur.*

Wat is dan de goederenrechtelijke positie van degene die veroordeeld was inzake de *condictio* uit diefstal? Siber³⁸ bespreekt een andere casus waarin de bezitter door de eigenaar wordt aangesproken met een persoonlijke niet-contractuele actie. De casus wordt besproken in het volgende Digestenfragment:

D.25,2,22^{pr} Indien ik vanwege de ontvreemding van zaken een actie tegen mijn vrouw heb ingesteld en de litigieuze zaak is getaxeerd, moet haar dan een actie verleend worden, als zij het bezit ervan kwijtgeraakt is? Die vraag houdt mij bezig, aangezien zij het bezit door boos opzet heeft verkregen. Ik heb geantwoord: iemand die de getaxeerde waarde betaalt, moet als koper worden beschouwd. Als daarom een vrouw tegen wie de actie wegens ontvreemding van zaken is ingesteld de getaxeerde waarde van het procesobject heeft voldaan, heeft zij een exceptie tegen haar echtgenoot of de erfgenaam van haar echtgenoot, wanneer deze ter opvordering van de zaak de eigendomsactie instelt; en als zij het bezit verliest, dient haar een zakelijke actie te worden verleend.³⁹

Duidelijk blijkt uit de tekst dat de vrouw die door de man met de *actio rerum amotarum*⁴⁰ wordt aangesproken geen eigenaar wordt: zij moet immers tegen het eigendomsrecht van de man worden beschermd door een *exceptio (rei iudicatae)*⁴¹, de zakelijke actie die haar tegen anderen ter beschikking wordt gesteld kan dus ook niet de revindicatie zijn. Het zal de *actio Publiciana* zijn geweest. Het lijkt erop dat de praetor hier een bijzondere toepassingswijze van de *usucapio a domino* heeft geschapen om de procesrechtelijke eigenaardigheid van veroordelingen die meestentijds uit geldsommen bestonden zakenrechtelijk de gewenste vorm te geven. Een vergelijking tussen deze tekst en de dief die met de *condictio furtiva* is veroordeeld ligt voor de hand omdat beide teksten over een geval gaan waarin de gedaagde het bezit door boos opzet heeft verkregen. Het is mijns inziens dan ook waarschijnlijk dat de dief die de geschatte waarde had betaald na te zijn aangesproken met de *condictio furtiva* met de *actio Publiciana* werd beschermd. Toch is de bescherming die de praetor aan de gedaagde bood niet dezelfde die hij aan de *usucapiens a domino* bood. Dat blijkt duidelijk uit de hierboven al meermalen geciteerde Digestentekst:

D. 47,2,9,1 Doch als de gedaagde aanvankelijk op grond van de condictie veroordeeld is en de getaxeerde waarde van het procesobject heeft betaald, moet de rechter of de eis tegen de gedaagde hoe dan ook afwijzen, of de bezitter moet –en dit geniet de voorkeur–, gesteld dat de eiser bereid is

³⁸ Siber, a.w. p. 142.

³⁹ *Si propter res amotas egero um muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? Movet me, quia dolo adquisiit possessionem. respondi: qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est. Ideo si mulier, cum qua rerum amotarum actum est, aestimationem litis praestiterit, adversus vindicantem maritum vel heredem mariti exceptionem habet et, si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est.*

⁴⁰ Omdat uit respect voor het huwelijk een eerverminderende actie tussen echtelieden werd geweigerd, zie D. 25,2,2, bestond er een bijzondere alternatieve diefstalactie voor echtelieden, de *actio rerum amotarum*.

⁴¹ Vgl. Gaius, Insituten, IV,106.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

de getaxeerde waarde terug te geven en dat de slaaf niet wordt teruggegeven, jegens de eiser veroordeeld worden tot de waarde die deze in het proces onder ede opgegeven heeft.⁴²

De eigenaar krijgt immers de mogelijkheid om indien hij de geschatte waarde teruggeeft aan de gedaagde een eigendomsproces tegen de gedaagde te beginnen. Een dergelijk door een eigenaar tegen een *usucapiens a domino* aangespannen proces werd door de praetor onmogelijk gemaakt. De verjaringsbezitter werd steeds tegen de eigenaar beschermd. Hem werden hiertoe door de praetor verschillende exceptiones ter beschikking gesteld.⁴³

De gedaagde in deze tekst echter wordt door de praetor niet beschermd in het door de eigenaar aangespannen eigendomsproces en zal indien hij er niet voor kiest om de zaak aan de eiser terug te geven veroordeeld worden tot een geldsom die de eiser onder ede bepaalt.⁴⁴ In dat geval -zo zagen wij hierboven al- wordt de gedaagde alsnog eigenaar van de zaak en wel civiel eigenaar. Ik zou vanwege dit verschil met de 'gewone' *usucapio a domino* willen spreken van een quasi Publiciana-bezitter.⁴⁵ Een laatste vraag dringt zich op: Waarom liet de praetor nu een revindicatie tegen de verjaringsbezitter in dit geval toe? Mijns inziens is de reden hiervoor gelegen in de mogelijke afgifte van de gestolen zaak die de eiser in het eigendomsproces wel en in het *condictio furtiva* proces niet kon bewerkstelligen.⁴⁶

Uit het bovenstaande blijkt dat samenloop van de revindicatie en de *condictio furtiva* mogelijk was maar door de rechter op procesrechtelijke wijze werd voorkomen. De eigenaar die gerevindiceerd had diende afstand te doen van de *condictio furtiva*, degene die de *condictio furtiva* in had gesteld diende de ontvangen som aan de dief terug te geven wanneer hij later alsnog wilde revindiceren. Uit deze wat gekunstelde procesrechtelijke oplossingen voor zakenrechtelijke problemen valt op te maken dat de Romeinen samenloop tussen de revindicatie en de *condictio furtiva* enerzijds als onwenselijk zagen, maar anderzijds de mogelijkheden van de bestolene zo breed mogelijk wilde houden. Eenzelfde beeld komt naar voren in een ander geval waarin samenloop van vorderingen na diefstal dreigt, het geval namelijk van diefstal onder een houder. Dit geval bespreek ik in de volgende paragraaf.

⁴² *Quod si ex condictione ante damnatus reus litis aestimationem sustulerit, ut aut omnimodo absolvat reum aut (quod magis placet), si paratus esset petitor aestimationem restituere nec restituetur ei homo, quanti in litem iurasset, damnaretur ei possessor.*

⁴³ Wanneer de eigenaar de verjaringsbezitter de res Mancipi had verkocht de *exceptio rei traditae et venditae*, wanneer er een schenking had plaatsgevonden de *exceptio rei traditae et donatae* en wanneer een opvolger onder bijzondere titel van de eigenaar zich meldde de *exceptio doli*.

⁴⁴ Zie ook Savigny, *System des heutigen Römischen rechts*, Fünfter Band, Berlin, 1841, p. 226.

⁴⁵ Die term wordt ook gebruikt in D. 6,1,70 waar het geval wordt besproken van iemand die met opzet heeft bewerkstelligd dat hij geen bezitter meer is. Er is overigens nog een verschil met de gebruikelijke toepassing van de *actio Publiciana* in het geval van *usucapio a domino*: de actie wordt hier verleend aan iemand die niet in het bezit van de zaak is.

⁴⁶ Levy lijkt dit standpunt te delen, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen*, Zweiter Band, erste Hälfte, Berlin, 1922, p. 90-91.

2.3. Diefstal onder een houder⁴⁷

Wanneer een zaak onder een houder werd gestolen was de houder niet in alle gevallen ten opzichte van de eigenaar aansprakelijk voor de diefstal. De Romeinen bepaalden aan de hand van de aard van het contract van houderschap hoe ver de plicht tot zorgvuldigheid, *diligentia*, ging.⁴⁸ De *custodia*, letterlijk bewaking, was de strengste zorgplicht die het Romeinse recht kende. De houder die verplicht was tot *custodia* was aansprakelijk voor bijna alle gevallen van diefstal: die had hij immers door (betere) bewaking kunnen voorkomen. Een in de Digesten veel voorkomend voorbeeld van een ‘*custodia*-plichtige’ houder is een voller.⁴⁹ Samenloop tussen verschillende acties dreigde wanneer zaken uit de werkplaats van een voller werden gestolen. De voller was immers op grond van de overeenkomst van aanneming van werk (naar Romeins recht was dit de overeenkomst van huur en verhuur) aansprakelijk ten opzichte van de eigenaar die op zijn beurt de gestolen kledingstukken onder de dief kon revindiceren of condiceren. Hoe losten de Romeinen dit op?

D.19,2,25,8 Wanneer de voller of de kleermaker de kleren heeft verloren en hij de eigenaar hiervoor schadeloos heeft gesteld, moet de eigenaar de revindicatie van die kleren en de *condictio furtiva* overdragen.⁵⁰

Duidelijk volgt uit de tekst dat het vergoeden van de schade voor de eigendom van de kleren geen gevolgen heeft. Degene die zijn kleren aan de voller had afgestaan blijft immers eigenaar van de kleren en zal de revindicatie en de *condictio furtiva* moeten cederen aan de voller. Eigendomsoverdracht van de kleren was natuurlijk onmogelijk omdat de noodzakelijke bezitsverschaffing van de kleren onmogelijk was: de kleren waren immers kwijt. Wanneer nu de voller de kledingstukken op een later tijdstip opspoorde kon hij de revindicatie instellen. Op het ogenblik dat de bezitter de kledingstukken aan de voller afstond werd de voller eigenaar van de kledingstukken. Hij kwam dan immers met instemming van de eigenaar (die zijn schade immers al vergoed had gekregen uit contract) in het bezit van de kleding. Het was naar Romeins recht onnodig dat de voller de

⁴⁷ Zie over dit onderwerp zeer uitgebreid het proefschrift van De Bie Leuvening Tjeenk, *Gerechtigden tot schadevergoeding bij zaakschade*, Deventer, 1997. Met name p. 51 e.v.

⁴⁸ Zie Lokin, a.w., V11.

⁴⁹ De voller vervulde in de Oudheid de rol die de wasserette inmiddels op zich heeft genomen.

⁵⁰ *Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et conductionem cedere*. Vgl ook D.19,2,60,2 waar het aan de eigenaar die de gestolen kledij heeft opgespoord wordt overgelaten of hij de dief aanspreekt uit diefstal of de voller uit huur en verhuur. In het laatste geval dient de eigenaar zijn vorderingen aan de voller te cederen. Vgl. verder D.42,1,12 waar zeer in het algemeen wordt gesteld dat wanneer de bruiklener en de bewaarnemer met de contractuele actie aangesproken worden door de eigenaar, deze zijn acties aan hen moet cederen.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

gevonden kleren eerst teruggaf aan de eigenaar die ze vervolgens overdroeg aan de voller.⁵¹

2.3.1. Een intermezzo: D.19,2,25,8 en artikel 3:95

De vergelijking met het hedendaagse artikel 3:95 dringt zich hier wel zeer sterk op. Ik zal in deze subparagraaf kort aandacht besteden aan de gelijkenissen tussen D.19,2,25,8 en artikel 3:95. In artikel 3:95 wordt de mogelijkheid geboden om in (onder andere)⁵² gevallen waarin de vervreemder het bezit van zijn zaak mist de levering in plaats van door middel van bezitsverschaffing door een daartoe bestemde akte te uit te voeren.⁵³ Anticiperend op de nieuwe regeling had de Hoge Raad nog onder het Oude BW aangenomen dat eigendomsoverdracht door een bestolene ‘niet reeds is uitgesloten op de enkele grond dat op het tijdstip van de overdracht de auto in het bezit van een derde was.’⁵⁴ Omdat artikel 667 OBW⁵⁵ een dergelijke wijze van levering duidelijk leek te verhinderen was er in de literatuur voorafgaand aan de geciteerde arresten van de Hoge Raad gediscussieerd over een andere mogelijke oplossing voor dit probleem: de cessie van de revindicatie.⁵⁶ Meijers had zich in een artikel in het WPNR⁵⁷ op het standpunt gesteld dat het voor de bestolene mogelijk was om de revindicatie aan een ander (bijvoorbeeld een verzekeringsmaatschappij) te cederen.⁵⁸ Naar de mening van Meijers bleef de bestolene in

⁵¹ Ik verwijs hierbij naar de hierboven (pr. 2.2.1) al weergegeven Digestentekst, 41.1.21.1.

⁵² Naast de hier beschreven gevallen wordt bijvoorbeeld ook een recht op een handelsnaam langs de weg van art. 3:95 geleverd. Zie bijvoorbeeld, *Tekst & Commentaar Vermogensrecht*, Deventer 1999, Nieuwenhuis (red.), art. 3:95 (Rank-Berenschot.)

⁵³ Vgl. MvA II, Parlementaire Geschiedenis 3, p. 399.

⁵⁴ HR 18 april 1979, *NJ* 1981, 139 (Gestolen Mercedes) en HR 1 februari 1980, *NJ* 1981, 140 (Gestolen FIAT I). Zie hierover, Pitlo-Reehuis, a.w. nr 293.

⁵⁵ Artikel 667 OBW (voor zover hier relevant) luidde als volgt: ‘De levering van roerende zaken, onligchamelijke uitgezonderd, geschiedt door de enkele overgave, welke door den eigenaar of in zijnen naam is verrigt, of door de sleutels van het gebouw, waarin zich die zaken bevinden, over te geven.’ Artikel 667 OBW is dus de voorloper van het huidige art. 3:90.

⁵⁶ Zie hierover, Van der Lely, ‘De (on)overdraagbaarheid van de revindicatie’ in: *Groninger opmerkingen en mededelingen XI* (1994), p. 54-64.

⁵⁷ Meijers, ‘Overdracht van rechtsvorderingen’ in: *WPNR* 2962 (1926), p. 513-517.

⁵⁸ Meijers werd op dit punt bestreden door Eggens die in een reactie op Meijers’ artikel in hetzelfde WPNR gesteld had dat de revindicatie en het eigendomsrecht niet gesplitst konden worden. Wanneer de bestolene de revindicatie aan een derde had overgedragen kon de derde volgens Eggens alleen tot het proces worden toegelaten wanneer hij stelde dat hij namens een ander wiens recht was geschonden procedeerde. In dat geval moest ook worden aangenomen dat de derde de bestolene vertegenwoordigde en was dus niet cessie van de revindicatie maar de onheroeppelijke volmacht tot procesvoering het aangewezen middel. Zie Eggens, ‘Overdracht van rechtsvorderingen of onheroeppelijke volmacht tot procesvoering?’ (met een (uiterst zuur) naschrift van Meijers, in: *WPNR* 2969 (1926), p.605-610. Op dit punt heeft Eggens onder het huidige recht gelijk gekregen. Artikel 3:304 verhindert tegenwoordig de cessie van de revindicatie. Meijers was het hiermee dus niet eens. Wellicht dat hier de uitleg die de hoogste Duitse rechter op 21 april 1959 (*NJW* 1959, 1536, 1538) aan paragraaf 931 van het BGB heeft gegeven richtinggevend geweest is? Vgl. hierover, Van der Lely, a.w. p. 63-64 en Zwolve,

een dergelijk geval eigenaar van de zaak totdat de cessionaris afgifte van de gestolen zaak bewerkstelligde. Op dat tijdstip verkreeg de cessionaris met instemming van de vorige eigenaar het bezit. Meijers zag zelf een nadeel van deze zienswijze: wanneer namelijk de cedent failliet ging voordat de cessionaris afgifte van de gestolen zaak had bewerkstelligd viel de gestolen teruggevonden zaak in het faillissement van de cedent. Meijers pleitte daarom voor een verdergaande oplossing:

‘Een wetgever, die het geval onder de oogen ziet, doet steeds het verstandigst de afzonderlijke levering van rechtsoverdrachten overbodig te maken, door in de gevallen, waarin daaraan een praktische behoefte bestaat, den overgang van het recht zelf toe te laten.’⁵⁹

Achteraf is het artikel van Meijers uit 1926 te beschouwen als een vooraankondiging van artikel 3:95.⁶⁰ Langs de weg van artikel 3:95 kan immers de eigendom van een gestolen zaak worden overgedragen en niet slechts de revindicatie. Het voordeel van deze oplossing is gelegen in het mogelijke faillissement van de bestolene. Wanneer de bestolene slechts de revindicatie heeft overgedragen valt de gestolen zaak in het faillissement van de bestolene, terwijl bij eigendomsovergang van de zaak de verzekeringsmaatschappij veilig is. Het nadeel van deze oplossing is gelegen in het feit dat het artikel een uitzondering vormt op de regel dat een roerende zaak door bezitsverschaffing wordt geleverd. Aan die regel hield Meijers in zijn opstel over de cessie van de revindicatie nog wel vast, hetgeen dus -zoals wij hierboven zagen- volledig in overeenstemming is met de Romeinsrechtelijke oplossing zoals die blijkt uit D.19,2,25,8.

Keren wij na dit korte intermezzo terug naar de casus van de voller die het slachtoffer van diefstal van de hem toevertrouwde kleren was geweest, en derhalve de eigenaar de waarde van de kleren had vergoed. Het was in een dergelijk geval uiteraard goed mogelijk dat de eigenaar, en niet de voller de kledingstukken terugvond. Om te voorkomen dat de voller zo achter het net zou vissen diende de eigenaar te beloven de kleding in een dergelijk geval aan de voller af te staan:

D. 13,6,3^{pr} Indien degene die iets in bruikleen gekregen heeft, omdat de zaak niet meer boven water komt, uit bruikleen veroordeeld wordt, dient hem de garantie te worden gegeven dat de eigenaar de zaak aan hem afstaat, ingeval zij teruggevonden wordt.⁶¹

Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese Privaatrecht, 1. Inleiding en zakenrecht, Groningen, 1993, p. 228-229.

⁵⁹ Meijers, a.w., p. 517.

⁶⁰ Vergelijk TM art. 3.4.2.7. Parl. Gesch. Boek 3, p. 393.

⁶¹ *Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet.* Zie ook D. 6,1,47. Ook in die tekst dient de eigenaar te zweren een later bezitsverrijking door degene die de *litis aestimatio* heeft betaald niet te verhinderen.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

Het is de vraag in hoeverre de eigenaar gedwongen kon worden de zaken die hij toevallig had teruggevonden aan de houder die hem de schade had vergoed af te staan. De eigenaar was immers eigenaar gebleven, hij kon dus niet met een zakelijke actie⁶² worden verplicht de zaken af te staan. De volgende tekst maakt duidelijk dat de houder de betaalde schadevergoeding in dergelijke gevallen terug kon eisen:

D.12,7,2 Een voller heeft kledingstukken aangenomen om ze te wassen en heeft vervolgens, na met de actie uit aanneming van werk aangesproken te zijn omdat de kledingstukken waren zoekgeraakt, aan de eigenaar de waarde betaald. Nadien heeft de eigenaar zijn kledingstukken teruggevonden. Met welke actie moet de voller dan het bedrag weer verkrijgen dat hij heeft gegeven? Cassius zegt dat hij niet alleen op grond van aanneming van werk kan procederen, maar ook de *condictio* tegen de eigenaar kan instellen. Naar mijn mening heeft hij in ieder geval de actie uit aanneming van werk. Of hij echter ook de *condictio* kan instellen, is de vraag, want hij heeft niet onverschuldigd betaald. Maar wellicht moeten wij ervan uitgaan dat de *condictio* ingesteld kan worden als ware er geld zonder rechtsgrond gegeven, want vanaf het ogenblik dat de kledingstukken teruggevonden zijn wordt er geacht als het ware zonder rechtsgrond gegeven te zijn.⁶³

Ook hier geldt dat de eigenaar slechts éénmaal recht heeft op schadevergoeding. Wanneer de eigenaar de kleren op een later tijdstip terugkrijgt heeft hij welbeschouwd geen schade geleden en dient de schadevergoeding alsnog ongedaan gemaakt te worden. Het Romeinse recht bood hiertoe via de *condictio sine causa* een uitweg.⁶⁴ Ook hier blijkt duidelijk dat de Romeinen samenloop tussen de revindicatie en een actie tot vergoeding van een verloren zaak als onwenselijk zagen. In het uiterste geval van de voller die gestolen goederen heeft vergoed die de eigenaar inmiddels terug heeft gevonden wordt deze samenloop zelfs achteraf door middel van een paardenmiddel, de *condictio sine causa*, ongedaan gemaakt.

3. Nederlands recht

Naar mijn mening dient de revindicatie te worden beschouwd als de goederenrechtelijke actie waarmee de eigenaar die geen bezitter van zijn zaak is deze zaak opeist. Deze actie onderscheidt zich wezenlijk van de onrechtmatige daadsactie die de bestolene in kan stellen tegen de dief die niet meer in het bezit van de zaak is. Met deze onrechtmatige daadsactie zal immers niet het bezit, maar schadevergoeding ter hoogte van de waarde van de verloren zaak worden geëist. Het is mijns inziens, anders dan in het Romeinse recht, dan ook niet per definitie onmogelijk dat beide acties naast elkaar in worden gesteld. Wel

⁶² Uiteraard kon de voller de eigenaar wel in een proces wegens de gegeven garantie aanspreken.

⁶³ *Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praesterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agree, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere posit, quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quasi sine causa datum sic putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.*

⁶⁴ Zie hierover ook Van Oven, a.w. p. 370-371.

lijkt het mij –net in het Romeinse recht- onwenselijk dat ons recht de eigenaar in een betere positie dan voorafgaand aan de diefstal brengt. Het lijkt dan logisch dat de bestolene die zijn zaak inmiddels onder een derde met succes heeft gerevindiceerd de dief op een later tijdstip niet meer uit onrechtmatige daad aan kan spreken.⁶⁵ Wanneer de bestolene echter eerst de dief uit onrechtmatige daad heeft aangesproken en op een later tijdstip zijn zaak bij een derde treft die nog geen eigenaar is, lijkt het mij wel mogelijk de zaak onder deze derde te revindiceren.⁶⁶ De door de dief betaalde schadevergoeding laat immers het eigendomsrecht van de bestolene onverlet.⁶⁷ De eigenaar behoudt dan de mogelijkheid te revindiceren. Wanneer echter de bestolene zonder de schadevergoeding af te staan zou kunnen revindiceren zou hij beter af zijn dan voorafgaand aan de diefstal. Duidelijk lijkt dan ook dat wanneer de bestolene wil revindiceren hij de schadevergoeding af zal moeten staan. Aan wie? Ik zou willen voorstellen de bestolene wanneer de derde de zaak heeft gekocht te verplichten de schadevergoeding aan de derde-koper af te staan. Dit heeft een praktisch voordeel, dat het volgende voorbeeld kan illustreren.

B steelt de ring van A en verkoopt deze aan de bona fide C. A ontdekt dat B hem bestolen heeft en spreekt hem met succes aan uit onrechtmatige daad. Vervolgens treft A de ring bij C. C zal zich tegen A's revindicatie verweren door te stellen zelf eigenaar van de ring te zijn. C zal om zijn eigendomsrecht te bewijzen verkoper B in vrijwaring oproepen.⁶⁸ De koper is immers verplicht de verkoper de eigendom van de zaak over te dragen. Wanneer blijkt dat B C nooit de eigendom van de ring heeft overgedragen is B uit de koopovereenkomst voor C's schade aansprakelijk. Wanneer nu A de door hem van B ontvangen schadevergoeding weer terug aan B zou geven zou deze het bedrag direct aan C dienen af te staan. Het lijkt dan ook efficiënter de bestolene te verplichten de schadevergoeding aan de derde af te staan.⁶⁹

Wat nu echter wanneer de dief de buit niet heeft doorverkocht aan een derde, maar geschonken? Wanneer dan de bestolene zijn zaak voordat de verkrijgende verjaring door de derde is voltooid onder de derde revindiceert kan toch niet worden betoogd dat de bestolene de begiftigde de schadevergoeding af dient te staan. De begiftigde heeft zelf niets gepresteerd en hoeft –of kan- dus ook niet worden gecompenseerd. Ik zou willen verdedigen dat de bestolene in dergelijke gevallen de door hem ontvangen

⁶⁵ De eigenaar zal althans geen onrechtmatige daadsactie in kunnen stellen tot vergoeding van het verlies van zijn zaak, een vordering om het gemiste genot van de zaak te vergoeden zal nog wel tot de mogelijkheden behoren.

⁶⁶ Het is natuurlijk ook denkbaar dat de bestolene ervoor kiest om tegen de bezittende dief een actie uit onrechtmatige daad in plaats van de revindicatie in te stellen.

⁶⁷ Enigszins anders dus dan naar Romeins recht waar de bestolene eigenaar bleef maar de dief die de waarde van de zaak vergoedde door de praetor tegen allen als praetorisch eigenaar werd beschermd, zie hierboven par. 2.2.1.

⁶⁸ Zie art. 7:9.

⁶⁹ Wanneer de schadevergoeding en de koopprijs niet overeenstemmen ligt een en ander iets ingewikkelder. Heeft de derde meer betaald voor de zaak dan de schadevergoeding dan zal hij de dief via 7:9 voor het verschil aan moeten spreken. Was de schadevergoeding hoger dan de koopprijs dan zal de bestolene dit verschil mijns inziens aan de dief af moeten staan.

SAMENLOOP VAN VERSCHILLENDE VORDERINGEN NA DIEFSTAL

schadevergoeding terug moet geven aan de dief. Wanneer hij dit weigert zal de rechter de Nederlandse variant van de *condictio sine causa*, artikel 6:212 toe dienen te passen. Dan doet zich het merkwaardige geval voor waarin de dief de bestolene uit ongerechtvaardigde verrijking aan kan spreken.⁷⁰

J.E. Jansen

Groningen

⁷⁰ Zou de bestolene zich tegen deze claim kunnen wapenen door een beroep te doen op het Romeinsrechtelijke adagium dat stelt dat niemand gehoor vindt die zich op zijn eigen schandelijkheid beroept? Nu de wetgever dit adagium slechts voor de onverschuldigde betaling in art. 6:211 heeft vastgelegd zou ik willen betogen van niet.