PROBLEMS CONCERNING *LAUDATIO AUCTORIS* AND *DENUNTIATIO LITIS* MADE BY THE BUYER IN CLASSICAL ROMAN LAW

Hans Ankum* **

1. What the buyer of a thing had to do vis-à-vis the seller when a *rei vindicatio* or a comparable real action was instituted against the buyer for the thing bought,[1] has not been the object of much Romanistic research since Girard's studies of 1923.[2] Concerning pre-classical Roman law, there is an instructive passage in Kaser's monograph on ownership and possession;[3] Vincenti wrote a short paper on the relevant post-classical law;[4] and there are only a few other more recent pages on the buyer's duty in classical Roman law to inform the seller in the case of impending eviction.[5] Nevertheless, it is an interesting topic concerning which an important number of texts of classical Roman lawyers, and imperial constitutions from Alexander Severus to Diocletian may be studied.

In this contribution to the studies in honour of my very dear friend Laurens Winkel, who in so many publications has enhanced our knowledge and understanding of numerous topics in Roman law and legal history, I shall investigate only a select

1 E.g. *actio Publiciana*, *vindicatio usus fructus, actio Serviana*, *vindicatio in libertatem*. In this study, we assume that a claim of ownership was instituted against the purchaser when there are no indications of another action.

2 See P.F. Girard *Mélanges de Droit Romain*, II, Droit privé et procédure (Paris, 1923) 93, 179, 205, 207, 209, 277.

3 See M. Kaser *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht* (2 ed. Cologne-Graz, 1956) 59-68.

4 U. Vincenti 'Gli effetti della *denuntiatio litis* nel processo di rivendica tardo imperiale' in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana (AARC)* IX Convegno internazionale (Napoli, 1993) 365-373.

5 See M. Lemosse 'La mise en cause judiciaire de l'*auctor*' in *Labeo* 30 (1984) 169-170 = Lemosse, *Etudes Romanistiques* (Clermont Ferrand, 1991) 431-432 and Vincenti (n. 4) 366 who also regrets at 365 "la carenza sul punto della precedente letteratura". The excellent work of Rafael Brägger, *Actio auctoritatis*, thesis Zürich 2011 [Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, N.F. Band 67] (Berlin, 2012) was published after completion of this study. This book contains a passage of twelve pages about the duty of *litis denuntiatio* of the buyer of a mancipated thing to the seller; cf. par. 2 below.

* Dr. Dr. h.c. mult., Professor Emeritus of Roman Law and Legal History, University of Amsterdam.

** I express my profound gratitude to my colleague and friend Gardiol van Niekerk who kindly corrected the English style of this article.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 1-14

number of these texts[6] and address some problems concerning *laudatio auctoris* and *denuntiandi necessitas*. I shall examine some problems concerning the duty of the buyer, against whom an ownership procedure had been initiated, to inform the seller of pending eviction in three different situations: when a *res mancipi* had been mancipated to him, when a stipulation for eviction (such as the *stipulatio duplae*) had been made, and when the parties had concluded a consensual contract of *emptio venditio*.

2. As indicated, three different situations could present themselves: the seller could mancipate to the purchaser the thing sold if it was a *res mancipi*; the seller could by a *stipulatio* promise the buyer a sum of money, for example the *duplum pretium*, in the event of loss of the *habere licere* of the thing as a consequence of eviction; and the parties could conclude a consensual contract of *emptio venditio*. As will be shown, in all three situations the buyer was obliged to inform the seller if a *rei vindicatio* had been instituted against him. There were, however, differences regarding the seller's obligations and the consequences of the purchaser's failure to inform the seller. It is therefore necessary to examine the three situations separately. I shall discuss problems related to the buyer's duty to notify the seller in these situations in the following order: *mancipatio*, *stipulatio duplae* and consensual sale.

Brägger's work, which appeared after completion of this article, contains important information on the buyer's duty of *denuntiatio* in the case of *mancipatio*,[7] but I have decided to maintain my text and limit my discussion of this important Swiss thesis to the footnotes.

3. To fulfil his obligation of *auctoritas* the seller *mancipio dans* had to assist the buyer *mancipio accipiens* in the real procedure started against him and had to secure a favourable outcome.[8] The seller could also defend the buyer as his *cognitor* or *procurator in rem suam*[9] in this procedure and he could be absolved, or condemned to pay the *litis aestimatio.*[10] If he failed to assist or defend the buyer or if this assistance was unsuccessful, the buyer could institute the *actio de auctoritate* against him for double the purchase price. Imperial constitutions of the first half of the third century[11] confirm that *mancipatio* was then still in use, especially for *fundi italici*.

6 The study of all the relevant texts would make this paper too long.

7 Brägger (n. 5) 81-93.

8 See on the duty of *auctoritas* and on the *actio de auctoritate*, my article 'Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico' in L. Vacca (ed.) *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-commparatistica* (Milano, 1991) II, 605-609 = my *Extravagantes Scritti sparsi sul diritto romano* ed. J.E. Spruit (Napoli, 2007) 203-207. See for a detailed, clear and instructive discussion of the duty of *auctoritas* and the contents of the *actio auctoritatis*, Brägger (n. 5) 40-161, 162-174.

9 The seller who acted as a *cognitor* was appointed by the buyer in formal words, in the presence of the plaintiff. The *cognitor* was eliminated in Justinianic law. See on the *cognitor* and the *procurator* as a procedural representative in classical law, M. Kaser and K. Hackl *Das römische Zivilprozeßrecht* (München, 1996) 209-213. See for a discussion of the cases in which the seller *mancipio dans* acted as a *cognitor* or as a *procurator in rem suam*, Brägger (n. 5) 122-127.

10 In the last-mentioned case, the seller had to pay the *litis aestimatio* and in this way he prevented the buyer from bringing the *actio auctoritatis* against him for the *duplum pretium.*

11 See, e.g., the rescripts of Alexander Severus of A.D. 224 (C. 5.44.2) and of Gordian of A.D. 230 (C. 8.44.14) examined below in the text.

If, after the *mancipatio* and the *traditio* of the sold *res mancipi*, a *rei vindicatio* was instituted against the purchaser, he immediately had to contact the seller *mancipio dans*, often called *auctor*. In the original texts on the topic, the technical term "laudare auctorem" was used. According to Aulus Gellius,[12] in pre-classical texts these words meant that the possessor divulged to the vindicating plaintiff the name of the person from whom he had acquired the claimed thing.[13] In the classical period the words had a different meaning.[14] My provisional translation is: "to call on the seller to perform his obligation of *auctoritas*". A survey follows of the texts in which *laudare auctorem* has this technical meaning, with brief explanatory remarks in the notes.

I found two texts of Pomponius and Modestinus:

D. 19.1.6.5 Pomponius *l.9 ad Sabinum*
Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui adquirere servitutem volueris: iniquum est enim me teneri, si propter hoc adquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.[15]

D. 21.2.63.1 Modestinus *l.5 responsorum*
Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundus ablatus et fisco adiudicatus est venditore praesente: quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire. Herennius Modestinus respondit sive quod alienus fuit cum veniret sive quod tunc obligatus evictus est, nihil proponi, cur emptrici adversus venditorem actio non competat.[16]

12 *Noctes Atticae* 2,16,1: *Laudare significat prisca lingua nominare appellareque. Sic in actionibus civilibus auctor laudari dicitur, quod est nominari.*

13 Cf. Kaser (n. 3) 61. According to Brägger (n. 5) 81-85, this was also the meaning of *laudare* in sources of the classical period. In the light of Gellius' words *prisca lingua*, which suggest that in his time the meaning of *laudare* was different, this seems improbable to me.

14 See, for an explanation of this "Bedeutungswandel" of *laudare*, Kaser (n. 3) 62.

15 Pomponius decided that the buyer to whom a servitude of way was mancipated was not entitled to *laudare auctorem* if he could not acquire the servitude because he was not the owner of a *fundus vicinus*. It was difficult to find the case in which this decision was given. My friend Eric Pool (Amsterdam) with whom I had a conversation about this text proposed the following: After A's sale and mancipation of the servitude of right of way to B for the benefit of a neighbouring *fundus* of which B was not the owner, C instituted the *rei vindicatio* against B with regard to this *fundus.* In this procedure, B pretended that he had acquired a servitude of *iter* for the claimed piece of land and that he had paid the purchase price to A, whom he wanted to include in the procedure as his *auctor*. In this way he wanted to prove that he had made *impensae utiles* for the land. Pomponius gave a negative decision on this. See, for another interpretation of this text, Brägger (n. 5) 87-88; this author, too, is of the opinion that Pomponius' text is related to the duty of *auctoritas*.

16 My interpretation of this text is the following: Lucius Titius sold land that he had mancipated to Gaia Seia and transferred possession to her; the *fiscus* started a real procedure against Seia, who called on Lucius Titius to appear in the procedure. Titius was present but unsuccessful and the land was adjudicated to the imperial treasury. Seia could institute the *actio de auctoritate* against Titius, since she had made the *laudatio auctoris* timeously. According to Modestinus, she would not forfeit the *actio de auctoritate* because she had not appealed against the sentence. See on this text briefly Brägger (n. 5) 32.

I further found three rescripts of the emperors Alexander Severus and Gordian:

> C. 8.44.7 Alexander Hilariano (A.D. 222)
> Auctore laudato si evicta res est, fideiussorem, etiamsi agi causam ignoraverit conveniri [evictionis] <auctoritatis> nomine posse non ambiguitur.[17]

> C. 5.44.2.1 Alexander Euaristo (A.D. 224)
> Respicere autem debes officium, in quo te esse tutorem dicis, ne ob eiusmodi petitionem evictione secuta ultra pretii quantitatem auctoris heredem pupillum tuum oneres, qui laudatus per te defendi debeat, cum aut compensationis rationem habere aut contrario tutelae iudicio experiri possis.[18]

> C. 8.44.14 Gordianus Secundino (A.D. 239)
> Sive possessio venditoris fuit, filius eiusdemque [read: eius idemque] patris heres frustra quaestionem movet, sive non patris, sed filii eius possessio fuit de qua iure hereditario auctor laudari potest, controversiam movere non potest.[19]

Having studied these texts I can pinpoint the meaning of the expression "laudare auctorem" more accurately and be more precise about the purchaser's duty to call on the seller to perform his obligation of *auctoritas*. As soon as the lawsuit[20] against the buyer had started, he had to call on the seller *mancipio dans* to appear in those proceedings, about which he was obliged to inform him,[21] so that the *auctor* could assist or defend him. This

17 There had been a *mancipatio* and a *traditio* of the thing sold to the buyer, and the seller had granted a *fideiussor* for his *obligatio auctoritatis*. The *rei vindicatio* had been instituted against the purchaser, who had called on the seller to appear in the ownership procedure. In spite of the *auctor*'s assistance, the buyer was condemned. According to the chancery, it is certain that the buyer can sue the surety if the *laudatio auctoris* had been made, even if the surety did not know that a real procedure had taken place. The evicted buyer can institute an action against the surety (as against the seller) only if he had called on the seller to be present in the real procedure.

18 In this complicated text, which cannot be interpreted fully here, the imperial chancery addressed itself to the tutor of a *pupillus* who had become his father's heir. The father had made a *mancipatio* and a *traditio* to the buyer of a piece of land. The tutor pretended that he was the co-owner for half the land. He wished to bring a *vindicatio pro parte* against the buyer. The rescript emphasises that in that lawsuit the young son as his father's heir, after having been called on to appear, had to be represented by the tutor who would give his assistance to the buyer. To prevent a conflict of interests the rescript declared in § 2 that in that case special *curatores* had to be appointed to represent the *pupillus*. It is interesting to note that the chancery took it for granted that in the case of eviction the *auctor*'s heir had to pay *ultra pretii quantitatem.* This is an indication that the sold land had been mancipated.

19 A *possessio* (an immovable property) was mancipated and transferred to a buyer. The seller died and his son became his heir. If the land belonged to the seller, the son would be unsuccessful when he instituted a *rei vindicatio* against the buyer. If the *fundus* belonged to the son and he instituted a *rei vindicatio* against the buyer, an *exceptio doli* could be raised against him, since, as the seller's heir, he could be called on to perform *auctoritas*.

20 As the obligation of the *auctor* was to assist or to defend the purchaser during the whole real procedure directed against him, the purchaser had to notify the seller immediately after the beginning of the procedure.

21 Kaser (n. 3) 61 speaks in this context of "die Streitverkündigung und Aufforderung an den Gewährsmann".

was not an *in ius vocatio*.[22] The legal consequences of non-appearance were completely different for an *auctor laudatus* and an *in ius vocatus*. If a summonsed defendant did not appear, *missio in bona* and *venditio bonorum* could take place according to classical law.[23] If the *auctor* remained inactive in spite of a *laudatio*, the sanction was that the *actio de auctoritate* could be instituted against him.

In addition to the technical expression *laudare auctorem* the Roman lawyers used several other expressions with roughly the same meaning. The following expressions are used in the original context of the sale of a mancipated thing: *venditorem convenire*,[24] *a venditore postulare*,[25] *ex causa <auctoritatis> intendere*[26] and *interpellare venditorem sive successores eius, ut ... adsistant.*[27]

The verb *denuntiare*, instead of *laudare*, is used rather frequently in texts that originally discussed a real procedure instituted against the buyer of a mancipated thing. *Denuntiare* is the term generally used in relation to the *actio ex stipulatu* based on a *stipulatio duplae*, and to the *actio empti* in case of eviction, to denote the buyer's notification to the seller that the real procedure has been initiated against him. In the texts that originally dealt with the *actio de auctoritate* we find two types of expressions concerning *denuntiare*. The first is *auctori* (or *venditori*) *denuntiare aliquid*,[28] which is good Latin; the second is *venditorem denuntiare* used for *venditorem laudare*,[29] which is bad Latin. That is why Girard and Kaser[30] believe that the original texts concerning the seller's duty of *auctoritas*, with expressions containing the term *denuntiare*, were interpolated. Of course, this is a possibility. However, I consider it more likely that the classical lawyers already used both expressions containing the term *denuntiare* in the sense of "to call on" or "to inform the seller" in this context.

The precise meaning of *laudare* or *denuntiare auctorem* and the other related expressions mentioned above is "to inform the seller about the real procedure initiated

22 This is also argued by Kaser (n. 3) 62-63, by Lemosse (n. 5) 165 and by Brägger (n. 5) 92-93 and 134.

23 See Kaser-Hackl (n. 9) 222.

24 See Venuleius D. 45.1.139: *venditoris heredes in solidum conveniendi sunt*; Africanus D. 21.2.46pr.: *posse me venditorem te* [*de evictione*] *<de auctoritate> convenire* (cf. on this text, Girard (n. 2) 187, 198, 209); Paul D. 21.2.42: *venditor non potest* [*de evictione*] *<de auctoritate> conveniri* (cf. on this text, Girard (n. 2) 252, note 1).

25 See Julian D. 3.3.75: *postulabat a venditore fundi ut ab eo defenderetur* (cf. on this text, my article 'Der Verkäufer als *cognitor* und als *procurator in rem suam* im römischen Eviktionsprozeß der klassischen Zeit' in D. Nörr and Sh. Nishimura (eds.) *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht* (Berlin, 1993) 294-296).

26 See Paul D. 45.1.85pr.: *cum ex causa* [*evictionis*] *<auctoritatis> intendimus*.

27 Diocletian and Maximian C. 8.44.21.1 (A.D. 293): *interpellare venditorem sive successores eius debes, ut tibi adsistant.*

28 See Celsus D. 21.2.62.1: *omnibusque (scil. heredibus venditoris) denuntiari et omnes defendere debent;* Paul D. 21.2.53.1: *auctori denuntiare*; and Alexander Severus C. 8.44.8: *auctori denuntiare.*

29 See Ulpian D. 21.2.51.1: *Titius (scil. venditor) denuntiari non potuisset*; Paul. D. 5.1.49: *venditor ab emptore denuntiatus, ut eum* [*evictionis*] *<auctoritatis> nomine defenderet*; and Paul. D. 45.1.85.5: *auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt*. See, for my interpretation of D. 5.1.49, Ankum (n. 25) 298-299.

30 See Girard (n. 2) 276, note 1 and 277, note 1; and Kaser (n. 3) 62.

against him (the purchaser) and to call on the seller to appear in this procedure[31] and to fulfil his duty of *auctoritas* by assisting or defending the purchaser".

The important question is what happens if the purchaser fails to do the *laudatio* or the *denuntiatio*? There are two possibilities. If the buyer is victorious in the proceedings initiated against him without help from the seller, he may wish to bring the *actio de auctoritate* against the seller because of his failure to assist him. If the purchaser loses the case and is evicted from the thing he bought, he may also wish to institute this action against the seller. In both instances failure to inform the seller will prevent him from instituting the *actio de auctoritate* against the seller. The wording of the *formula* of this action led to this result. It probably read: *Si paret Nm.Nm. Ao.Ao. rem mancipio dedisse et auctoritatem defugisse vel Am.Am. in rei vindicatione sine dolo malo eius (scil. Ai.Ai.) victum esse, quanti ea res mancipio data est, tanta pecunia duplex iudex Nm.Nm. Ao.Ao. condemnato, si non paret absolvito*.[32] Where *denuntiatio* was absent there was clearly no question of *auctoritatem defugisse*, since the seller had not been informed about the real procedure and there was no eviction *sine dolo malo* of the buyer, since he had failed to request the seller's assistance. This reasoning for the *stipulatio auctoritatis* (or *secundum mancipium*) is apparent in Paul D. 21.2.53.1.[33] This text is applicable here, because the *obligatio auctoritatis* based on this *stipulatio* was identical to that based on a *mancipatio*. Paul decided[34] that the buyer who could have made the *denuntiatio litis* to his *auctor*, but had failed to do so, was considered to have lost the real lawsuit *dolo malo* and was therefore not entitled to sue the seller. The thesis that the buyer's failure to make the *denuntiatio* to the seller *mancipio dans* made it impossible for him to institute the *actio de auctoritate,* is further confirmed by the constitution of Alexander Severus of A.D. 222 incorporated in C. 8.44.8[35] which reads: *Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque* [*ex stipulatu*] <*de auctoritate*> *neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussores eius habet*.

My conclusion is that the purchaser *mancipio accipiens* was obliged to inform the seller *mancipio dans* of the real procedure that had been initiated against him. If he failed to call on him to appear in this procedure or inform him about the procedure, he forfeited the right to institute the *actio de auctoritate* against the seller.

31 The *denuntiatio* could be made in an informal way, viz. orally or by letter; cf. Brägger (n. 5) 92.

32 In earlier publications I wrote erroneously: *vel Am.Am. in rei vindicatione victum esse sine dolo malo Ni.Ni.*; see H. Ankum 'Alla ricerca della *repromissio* e della *satisdatio secundum mancipium*' in *AARC* IV Convegno internazionale (Perugia, 1981) 782, note 135 = Ankum, *Extravagantes*, 44, note 135. See for a correction Ankum 'Noch einmal: die *repromissio* und die *satisdatio secundum mancipium* im klassischen römischen Recht' in *Festschrift für Christoph Krampe* (Berlin, 2013) 14, note 9.

33 Paul D. 21.2.53.1: *Si cum possit emptor auctori denuntiare, non denuntiasset, hoc ipso videtur dolo fecisse et ex stipulatu agere non potest.*

34 See the exegesis of this text in my study: 'Noch einmal: die *repromissio* und die *satisdatio secundum mancipium*' (n. 32) 25-26.

35 This text was mentioned in note 28. For a recent interpretation see Brägger (n. 5) 85-86 who holds that the problems of understanding the text are solved, "wenn man unter *ex dupla* das mit der *actio auctoritatis* zu erlangende Kaufpreisduplum versteht". My slightly different reconstruction of the rescript of Alexander Severus seems more probable to me.

4. It is interesting to compare the position of the purchaser *mancipio accipiens* with that of the purchaser who – as a *stipulator* – made a stipulation against eviction.[36] Such a stipulation could be made in respect of *res nec mancipi* and *res mancipi*. The stipulation most frequently made, and nearly always in regard to slaves, was the *stipulatio duplae.* The effect of the *stipulatio duplae* differed from that in a *mancipatio.* If the *rei vindicatio* or a comparable real action had been adjudicated (in the *pronuntiatio* or the final sentence) and the buyer had lost the *habere licere*[37] of the thing as a result, the seller who had made a *promissio duplae* had to pay the buyer double the purchase price. In the context of this article, it is important to note that the seller *promissor* had no obligation to assist or defend the buyer in the real procedure. He had the right but not the duty to do so.[38] He could await the end of this procedure and if the *rei vindicatio* against the purchaser was dismissed, pay nothing. If, however, the action succeeded, he had to pay double the purchase price.

Many contracts of sale (nearly always of slaves), containing a combined stipulation against latent defects and eviction, have been conserved in the documents of practice. In this stipulation, the seller promised the buyer that the thing sold (slave) had no latent defects and that if it proved to have such defects he would pay him *id quod interest.* He promised further that in case of loss of the *habere licere* of the thing through eviction he would pay *duplum pretium*. This composite stipulation was called *stipulatio duplae*, though this term is only precise in respect of eviction. In this paper, to prevent misunderstandings, we reserve the term *stipulatio duplae* for the stipulation that related to eviction only, and "combined *stipulatio*" for the two-fold stipulation. Important examples of documents of the first or second century A.D. containing a combined *stipulatio* or a *stipulatio duplae* are TPSulp,[39] 42-44 = TPN[40] 83-85, TH 59-62,[41] FIRA III, nrs. 87-90 and 132-133, and P. Turner 22.[42]

The edict of the *aediles curules* contained the text of a model of the combined *stipulatio*[43] at the end of the part entitled *de mancipiis vendundis* concerning the contracts

36 See on the *stipulationes de evictione* Ankum (n. 8) 'Problemi concernenti l'evizione del compratore' 609-612 = *Extravagantes,* 207-210 and Th. Finkenauer *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht* (Tübingen, 2010) 50-94.

37 The jurists were of the opinion that there was loss of the *habere licere* if the buyer had surrendered the purchased thing or had paid the *litis aestimatio*: cf. Ulpian D. 21.2.21.2. On this text see Finkenauer (n. 36) 80-82.

38 Like the buyer *mancipio accipiens*, the buyer who had been the *stipulator* of a *stipulatio duplae* could appoint the seller as his *cognitor* or *procurator in rem suam*; cf. *supra* par. 3.

39 Giuseppe Camodeca *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii* (Roma, 1999).

40 Josef Georg Wolf *Neue Rechtsurkunden aus Pompeji, Tabulae Pompeianae Novae*. Lateinisch und deutsch. Herausgegeben, eingeleitet und übersetzt (Darmstadt, 2010).

41 Giuseppe Camodeca '*Tabulae Herculanenses*: riedizione delle *emptiones* di schiavi (TH 59-62)' in U. Manthe and Chr. Krampe (eds.) *Quaestiones Iuris, Festschrift J.G. Wolf* (Berlin, 2000) 53-76.

42 Text edited by D. Hagedorn in P. Turner (London, 1981) 107-113.

43 See O. Lenel *Das Edictum Perpetuum* (3 ed. Leipzig, 1927) 567-568.

of *emptio venditio* of slaves on the market in Rome.[44] It is notable that several texts containing a *stipulatio duplae* as the second part of a combined stipulation did not include a complete wording but only a reference to the model incorporated in the edict of the *aediles*. These texts of the first century A.D. are TH 60 (before A.D. 63/64), TH 62 (A.D. 47); TPSulp 42 = TPN 83 (probably A.D. 47), TPSulp 43 = TPN 84 (A.D. 38) and TPSulp 44 = TPN 85. In TH 60, for example, the seller promises *duplam pecuniam ex formula edicti aedilium curulium, ita uti adsolet, quae hoc anno de manicpiis emundis vendundis cauta comprehensaque est, dari …* .

During the first half of the second century A.D., there was a rather simple solution if the parties did not want the seller to be liable for eviction: they could choose not to make a *stipulatio duplae*. When Pomponius and Julian recognised the possibility of the *actio empti* for damages in the event of eviction,[45] the parties to the contract of *emptio venditio* had to agree that the seller would not be liable in such a case.

The possibility of eliminating the seller's liability on the grounds of the combined stipulation should be analysed against the backdrop of recent academic discussions of the contents of the *aediles curule*s' edict on the sale of slaves at the market in Rome. I agree with Berthold Kupisch, who harmonised two *prima facie* conflicting texts of Ulpian, D. 21.2.37.1[46] and D. 2.14.31[47] in a recent article on latent defects.[48] He formulated three possibilities for the parties to a contract of sale at the market in Rome: They could completely exclude the seller's liability for latent defects (*simplaria venditio*: cf. Pomponius D. 21.1.48.8), (which influenced the price). Or they could decide not to give a guarantee against defects, in which case the *actio redhibitoria* and the *actio quanti minoris* were applicable (the terms of these actions being respectively two and six months). Finally, they could conclude a stipulation that gave the buyer a claim for *id quod interest* where a guarantee against defects was given – a solution strongly recommended by the *aediles*; in that case, the buyer also had the right to restitution of the thing or diminution of the price within six months or a year. If this is correct concerning the first part (with regard to latent defects) of the combined stipulation as contained in the *aediles*' edict, the question remains what they could do in relation to the second part (on eviction) of the combined stipulation.[49] If the parties wanted to exclude the *stipulatio duplae* against eviction, they could make use of the first two possibilities mentioned for the first part of the combined stipulation. However, if they made use of the third

44 Camodeca (n. 39) 115 justly emphasises that the dispositions of this edict were in force in the whole of Italy.

45 On the role of these jurists in the field of the seller's liability for eviction, see *infra* par. 5.

46 D. 21.2.37.1: *Per edictum aedilium curulium etiam de servo cavere venditor iubetur*. According to Kupisch in a letter of 4 November 2002, referring to the lexicons of Georges and Lewis and Short, the word *iubere* did not create a *must*, but expressed a (strong) *wish* in this part of the edict of the *aediles*.

47 D. 2.14.31: *Pacisci contra edictum aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea.*

48 B. Kupisch 'Römische Sachmängelhaftung: ein Beispiel für die ökonomische Analyse des Rechts' in *TR* 70 (2002) 21-54; cf. also the clear summary by Knütel in Max Kaser and Rolf Knütel *Römisches Privatrecht* (20 ed. München, 2014) 255-256 (Rz. 43).

49 There is no reference in Kupisch (n. 48) to the part relating to eviction in the combined stipulation found in the *aediles*' edict.

possibility and concluded the combined stipulation, the seller had to pay the buyer's interest in case of defects and the *dupla pecunia* in case of eviction.

We now turn to the role and the effect of the *denuntiatio* in cases where the parties to a contract of sale had made a *stipulatio duplae*. First, the clause *sine denuntiatione* appears in only four contracts of sale of a slave.[50] These texts are: TPSulp 42 = TPN 83[51] (probably of A.D. 26); P. Turner 22[52] of A.D. 142; FIRA III, nr. 133[53] of A.D. 151; and FIRA III, nr. 132[54] of A.D. 166. In these documents the seller, who guaranteed the absence of latent defects, promised to pay the buyer the *duplum pretium* if the latter lost the *habere licere* through eviction, even if the seller had not been informed, by means of a *denuntiatio*, of the real action instituted against the purchaser. The fact that a waiver of the required notification to the seller was and had to be expressly formulated is a decisive argument for the existence of this duty of the purchaser, which has never been mentioned in our documents.[55]

Together with Lenel,[56] Kaser[57] and Finkenauer[58] I suppose that the model of the combined stipulation at the end of the *aediles curules*' edict contained a clause relating to the buyer's *denuntiatio* of the seller.[59] Several texts of classical jurists may be invoked

50 On the texts containing this clause, see Camodeca (n. 41) 63.

51 On this text, see Camodeca (n. 39) 117. As we have seen, the parties in this text refer for the wording of the *stipulatio duplae* to the model of the combined *stipulatio* in the edict of the *aediles curules*. The seller promises duly to pay the *dupla pecunia ita uti adsolet sine denuntiatione*. As may be seen in the other documents of sale from Herculaneum and Pompei, the words *ita uti adsolet* are related to the promise of the double purchase price and not to the rather unusual clause *sine denuntiatione*. Wolf's translation of the quoted passage: "daß der Kaufpreis, wie es das Formular vorsieht und so, wie üblich ohne Anzeige, in gehöriger Weise gezahlt wird" (n. 40 at 121) is therefore not correct.

52 This Greek text, which is in accordance with Roman law, relates to the sale of a slave girl aged ten, concluded in Side in Pamphylia; the relevant sentence runs as follows: "ἐὰν δέ … ἐπαφὴ αὐτοῦ ἡ ἐκ μέρους γένηται και ἐγνεικηθῇ, τότε διπλῆν τὴν τιμὴν χωρὶς παραγγελίας καλῶς δοθῆναι …" (if a claim for the girl or for part of the girl is instituted and eviction follows, then twice the price will be duly paid). See on the meaning of "a claim to the slave by a third party" (246) J. Urbanik 'P. Cairo Masp. I 67120 recto and the liability for latent defects in the late antique slave sales. Or back to Epaphe' in *JJP* 40 (2010) 210-247.

53 This is a Roman contract of sale of a twelve-year-old slave girl written in Greek, also from Side in Pamphylia. The wording of the relevant passage is nearly identical to that of P. Turner 22 (n. 42) of A.D. 142.

54 This document concerns the contract of sale of a seven-year-old slave, the parties to which were a sailor and an *optio* of a ship belonging to the fleet of Misene. The sale took place in Seleucia of Pieria (the harbour of Antioche in Syria). After a guarantee, in accordance with the *aediles*' edict, of the slave's health, the seller promises: *si quis eum puerum partemve quam quis eius evicerit, simplam pecuniam sine denuntiatione recte dare*.

55 Camodeca (n. 41) 63 writes that, in the documents of sale known to us, the buyer's duty ("obbligo") is not mentioned and then continues: "esso era quindi imposto implicitamente a favore del venditore e la sua esclusione doveva dunque essere previsto espressamente dalle parti". See, also, H. Weßel *Das Recht der Tablettes Albertini* (Berlin, 2003) 186.

56 Lenel (n. 43) 568, note 18.

57 M. Kaser *Das römische Privatrecht* I (2 ed. München, 1971) 555.

58 Finkenauer (n. 36) 77.

59 Weßel (n. 55) 186, note 49, explicitly denies this.

in favour of this hypothesis.[60] A possible reconstruction of the part regarding eviction in the model of the edict of the *aediles curules* is the following:[61] *et si quis eum hominem partemve ex eo quis evicerit quominus me eumve ad quem ea res pertinebit habere licere recte liceat, qua de re lis tibi recte denuntiata erit, tum quanti is homo emptus est, tantam pecuniam duplam partemve eius duplam mihi recte*[62] *dari spondesne?* From this wording and from the buyer's implied obligation to inform the seller of the *rei vindicatio* instituted against him, we may deduce that if he did not make a *denuntiatio,* he was not entitled to institute the *actio ex stipulatu*, based on the *stipulatio duplae*, against the seller.

This is confirmed by the rescript of Alexander Severus of 222 incorporated in C. 8.44.8 referred to above with regard to the *actio de auctoritate*. The relevant part of this constitution is: *Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque* [*ex stipulatu*] <*de auctoritate*> *neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideiussores eius habet*. In respect of the action based on the *stipulatio duplae* too, the emperor decided that the buyer could not sue the seller of a *praedium* if he did not inform the *venditor* of the real action against him for the land.

The classical Roman lawyers discussed several problems concerning the *denuntiatio* the buyer made to the seller who had made a *promissio evictionis*, in texts that were incorporated by the compilers in title 21.2 of the Digest entitled *De evictionibus et duplae stipulatione*. In chronological order they are: Pomponius D. 21.2.29.2; Julian D. 21.2.39.1;[63] Paul D. 21.2.56.4-7;[64] and Ulpian D. 21.2.55.1.[65] I shall examine two that are instructive on the operation of the *denuntiatio* in practice.

First, from Pomponius D. 21.2.29.2 we may deduce that that part of the *aediles curules*' edict that related to eviction did not specify the moment when the *denuntiatio* had to take place. For this reason, the jurist had to be specific on this point.

> D. 21.2.29.2 Pomponius *l.11 ad Sabinum*
> Quolibet tempore venditori renuntiari [read with the Vulgate: denuntiari] potest ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat. (A notice can be given at any time to the seller in order that he may be present to litigate, since a specific moment is not fixed in the stipulation, provided that it not be given shortly before the condemnation.)

60 See, e.g., Neratius-Ulpian D. 21.2.37.2, Pomponius D. 21.2.29.2, Paul D. 21.2.56.4-7 and Ulpian D. 21.2.55.1.

61 Cf. Kaser (n. 57) I 555, note 13; Kaser-Knütel (n. 48) 251 (§ 41 Rz.29).

62 Weßel (n. 55) 205, note 142 argues correctly that this word appears regularly in the texts.

63 Fragment 39 was taken by the compilers from the context *De auctoritate*; cf. O. Lenel *Palingenesia iuris civilis*, I (Lipsiae, 1889) nr. 735, col. 463. The second part of the text D. 21.2.39.1, however (from *alias autem* until *denuntiatum est*) concerns a slave who sold a slave and made a *stipulatio duplae* to the purchaser. This part contains (in the case of an imminent eviction) a discussion of the question whether the purchaser had to make the *denuntiatio* to the selling slave or to his master; cf. Ankum 'La responsabilité du vendeur pour éviction dans le cas de sous-aliénation en droit romain classique' in *Viva Vox Iuris Romani*, *Essays in Honour of J.E. Spruit*, (Amsterdam, 2002) 231-235.

64 Fragment 56 is from the context of the *stipulatio duplae*: see Lenel (n. 63) I nr. 849, col. 1096.

65 Fragment 55 is from the context of the *stipulatio duplae*: *idem* II nr.1797, col. 898.

Pomponius grants the buyer substantial freedom to determine the moment when he will inform the seller of the eviction procedure pending against him. He may see how the procedure unfolds and address himself to the seller only when he discovers that the plaintiff is in a strong position. There is, however, a time limit: he cannot contact the seller at a moment too close to the time of judgement; for then his influence on the proceedings is too limited.[66]

Paul in D. 21.2.56.4-7 discusses various practical problems concerning the *denuntiatio* to the seller who had made a *stipulatio duplae.* In paragraphs 5 and 6 the jurist gives his opinion on cases where the buyer is unable to give notice in time but nevertheless retains his right to sue the seller in the event of eviction.

D. 21.2.56.5-6 Paulus *l.2 ad edictum aedilium curulium*

5. Simili modo tenetur et qui curavit, ne sibi denuntiare possit. (In the same way, the seller is liable [for eviction] when he ensures that notice cannot be given to him.)

6. Sed et si nihil venditore faciente emptor cognoscere ubi esset non potuit, nihilo minus committitur stipulatio. (But when the buyer could not know where the seller was, even if the latter did nothing, nevertheless the stipulation [for eviction] enters into force.)

It would be unjust if a seller, expecting that the buyer would soon institute an action against him based on a *stipulatio duplae*, fraudulently hid his address from the buyer or travelled without leaving an address, thus escaping liability on the basis of the *stipulatio duplae*, because it was impossible for the buyer to give him notice that proceedings (about the ownership of the bought slave) had been instituted against him. Paul does not accept this result and concludes that where the seller made a *denuntiatio* impossible, it is considered that the buyer had informed the seller and might be held liable in the event of eviction with the *actio de auctoritate*. In addition, even if the seller had not acted fraudulently, but the purchaser could not ascertain his whereabouts, the seller would bear the risk and could be sued on the basis of the *stipulatio duplae*.

5. It was also possible that there had been no *mancipatio* nor *stipulatio duplae* and that the parties had only concluded a consensual contract of *emptio venditio*. As from the time of Pomponius and Julian, if the *actio empti* were instituted for eviction the buyer could claim *id quod emptoris interest* that he could keep the purchased thing.[67]

66 Iavolenus is more definite about the moment when the *denuntiatio* has to be made in the similar case of a slave who was bequeathed in general terms *per damnationem*: see D. 32.29.3 Iavolenus *l.2 ex posterioribus Labeonis Si heres tibi servo generaliter legato Stichum tradiderit isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis et hoc verum puto. sed hoc amplius ait debere te, priusquam iudicium accipiatur, denuntiare heredi nam si aliter feceris, agenti ex testamento opponetur tibi doli mali exceptio.* In this case of a legacy in which the heir is exceptionally liable for eviction, the legatee has to give notice of the *in ius vocatio* before *litis contestatio* in the procedure on the ownership of the slave *generaliter* bequeathed. If the legatee fails to make the *denuntiatio* at that early stage and institutes the *actio ex testamento* against the heir after the eviction of the slave, the *exceptio doli* will be raised against him. For an interpretation of D. 32.29.3, see W. Ernst *Rechtsmängelhaftung* (Tübingen, 1995) 109-111.

67 See H. Ankum 'Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción' in *RIDA* 3e série 39 (1992) 57-84 and *id.* (n. 8) 'Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico' 615-616 = *Extravagantes*, 213-214.

In addition, the question arose whether the purchaser had to inform the seller that a *rei vindicatio* had been instituted against him. The seller certainly had no obligation to defend the buyer in the real procedure, but had the right to do so in order to try to prevent the purchaser's eviction and the seller's consequently being condemned to pay the latter's damage. Certainly the buyer had a duty to make a *denuntiatio litis* to the seller; if he failed to inform him, he could not successfully institute the *actio empti* in the case of eviction. According to Gaius[68] the buyer was obliged to notify the seller when a *vindicatio usus fructus* with regard to the purchased thing was instituted against him, just as it was necessary for the buyer to inform the seller if a *vindicatio pro parte*[69] was instituted against him. This is understandable: a buyer who loses a real procedure without having given the seller the opportunity to defend him and try to prevent his condemnation, is surely not acting in accordance with the requirements of *bona fides*; and this reproachable attitude prevents him from suing the seller successfully for eviction with the *actio empti*.

Several imperial rescripts from the third century A.D. confirm the necessity of a *denuntiatio* to the seller. A very clear constitution is that of Alexander Severus, promulgated on 6 December 222, which was incorporated by the compilers in C. 8.44.8. Reference was made to this in paragraphs 3 and 4 above with regard to the *actio de auctoritate* and the action based on a *stipulatio duplae.* Of importance here is that the imperial chancery decided that on eviction the purchaser of a piece of land had no *actio empti* against the seller if he had not notified the latter or his heirs.

On 22 December of the same year, the jurists of the chancery of the same emperor addressed themselves to a certain Terentius in a rescript included in C. 8.44.9 reading as follows: "If someone institutes a lawsuit against you with regard to an immovable which you maintain that you bought in good faith, you have to give notice thereof to the seller or to his heir (*auctori heredive eius denuntia*). And if you are successful in this suit, you will have what you purchased; if, however, you are evicted, you will receive from the seller or her heirs as much as your interest amounts to … ."

The same emperor decided in the constitution of C. 4.48.1 of A.D. 223 that an *actio empti* would succeed against the seller only for reasons that preceded the contract and had caused the eviction, provided that the seller had been notified (*et ita si ei denuntiatum est*).[70]

In the same year a rescript to Eustochia, which is known to us as C. 8.44.23, concerns another interesting case that the chancery of the same emperor examined. This woman bought immovable property from a person who died shortly afterwards. She approached the imperial chancery asserting that the *actores* of the town of Thessalonica had instituted

68 D. 21.2.49 Gaius *l.7 ad edictum provinciale*: *Si ab emptore usus fructus petatur proinde is venditori denuntiare debet atque is a quo pars petitur*.

69 It is also possible that Gaius was thinking of the comparable case in which a physical part was claimed by a *rei vindicatio*.

70 In the text "*et ita, si ei denuntiatum est, ut causae agendae adesset*" we cannot translate the last four words by "in order that he had to be present to plead the case" because the seller, who only had the right to assist or defend the buyer, had no such obligation. An exact translation would be "so that he could be present to plead the case (if he wanted to do this)".

against her an *actio Serviana* based – as they said – on a right of *pignus* on the land. The chancery ordered her to inform the seller's heirs with a view to their possible assistance in the lawsuit. The chancery added that it was generally known that the heirs were (only) liable in the case of eviction after the *denuntiatio* had been made (in terms of the *actio empti*) for the interest of the *emptrix* that the land not be evicted.

In a rescript addressed to Solidus and others of 293 (incorporated in C. 8.44.20), the jurists of the chancery of Diocletian and Maximian also considered the necessity of notice of a *quaestio dominii* that had been initiated against the purchasers. I quote and translate the second paragraph of this constitution: *Empti sane iudicio pro evictione si conveniri coeperitis, nec vobis, ut defendatis, negotium denuntiatum probetur, intellegitis, quatenus vosmet ipsos tueri debeatis.* (If the *actio empti* has been instituted against you because of eviction and it is not proved that you were informed of the case with a view to your (possible) defence of the buyers, you understand how you will have to defend yourself (against the *actio empti*).) From the last words, we may deduce that according to the imperial chancery, the action for purchase cannot succeed against the sellers' heirs in the event of eviction if the purchasers could not prove *denuntiatio*.

In a rescript of 294 (C. 8.44.29) the chancery of the same emperors declares that in the event of eviction of *praedia* received by a certain Rhesus *permutationis gratia*, he could institute an action only if he had made a *denuntiatio* or if such notification was impossible. The buyer's obligation to provide information applied here to the person who had received the property in an exchange.

These imperial constitutions confirm what has already been established: if the buyer loses the *habere licere* of the purchased thing through eviction, he can only institute the *actio empti* for damages against the seller if he has given him notice of the real claim.

Finally, as indicated in paragraph 4, the buyer could be released from the duty to inform the seller by the words *sine denuntiatione* in the case of a *stipulatio duplae.* Likewise, the need to inform the seller could be waived by a *pactum* in the case of a consensual *emptio venditio*. Modestinus' text D. 21.2.63pr. is clear on this point:[71] *Herennius Modestinus respondit non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto remissa esset denuntiandi necessitas*. If there had been no notification to the seller and the parties had agreed that it was not necessary to inform him, the buyer could still institute the *actio empti* against the seller for damages in the event of eviction.

71 Modestinus' fragment D. 21.3.63 was taken by the compilers from the part *de actionibus empti et venditi* of the 5th book of his *responsa*; see Lenel (n. 63) I nr. 299, col. 745.

Abstract

As will be shown in this article, in classical Roman law the buyer of a thing, against whom the *rei vindicatio* or a comparable real action had been instituted, had the duty to notify the seller. This holds true in the cases where a *res mancipi* had been transferred to the buyer by *mancipatio*, where the seller had made a *stipulatio* (e.g. a *stipulatio duplae*) against eviction and where the parties had concluded a consensual *emptio venditio*. The buyer who had not informed the seller of the real lawsuit initiated against him, could for different reasons institute neither the *actio de auctoritate*, nor the *actio ex stipulatu*, nor the *actio empti* against the seller.

ON SUPERNATURAL LAW: ABOUT THE ORIGINS OF HUMAN RIGHTS AND NATURAL LAW IN ANTIQUITY

Carlos Felipe Amunátegui Perelló* **

1. Introduction[1]

Human rights can be traced back to an earlier and older concept, which viewed the rational nature of man as a limitation on the power of the sovereign. In this sense, modern ideas on human rights are rooted in the concept of natural law[2], one of the many products of antiquity's notions of the law[3]. The idea of limiting the power of the sovereign, the hubris of the tyrant, was an element of Greek political thought practically from its origins[4], infusing the whole of Greek political history, eventually being received into Roman thought and finally forming the basis of modern legal theory[5].

1 This article originated from a discussion I held with Professor Laurens Winkel in Santiago de Chile while commenting on his brilliant work on natural law. Eventually, it became a paper that I presented at a conference in Rosario, Argentina, in May 2013, which was completed thanks to my good friend Javier Rodríguez. I dedicate this work to Laurens' friendship.

2 The Declaration of the Rights of Man and Citizen of 1789 expressly appeals to natural rights (Arts. II and IV). Although the concept of human rights has evolved (See Casavola, Francesco Paolo, Fondamento giuridico dei diritti umani in Sententia legum tra mondo antico e moderno (Napoli, 2004) 3, pp. 77-89), its origin is related to natural law.

3 See Polacek, Adalbert, "Human Rights. The Secret Legacy of Antiquity" in Roset Esteve, Jaime (Coord.) Estudios en homenaje a Juan Iglesias, Universidad Complutense (Madrid, 1988) v. II pp. 1009-1021; Mitsis, Phillip, "Stoic Origin of Natural Rights in Topics" in Stoic Philosophy (Ierodiakonou, Katerina, ed.) (Oxford, 1999) pp. 153-177; Honoré, Tony, "Les droits de l'homme chez Ulpien" in Le monde antique et les droits del'homme (Jones, H., ed.) (Brussels, 1998) pp. 235-243; Crifò, Giuliano, "Per una prospettiva romanistica dei diritti dei uomo" in Menschenrechte und europäische Identität – Die antiken Grundlagen (Giradet, Klaus M., Nortmann, Ulrich eds.) (Stuttgart, 2005) pp. 240-269.

4 Mcclelland, J.S., A History of Western Political Thought (New York, 2005), Kindle edition, L. 302 ff.

5 Senn, Félix, "De l'influence grecque sur le droit romain de la fin de la république" in Atti del congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma XVIII-XXVII Aprile MCMXXXIII) Roma, (Pavia, Fussi, 1934) v. I pp. 99-110; Coing, Helmut "Naturrecht als wissenschaftliches Problem" in Gesammelte Aufsätze zu Rechtgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975 b. 2 (Frankfurt-am-Main, 1982) pp. 23-49; Winkel, Laurens C., "Die stoische oikeiosis-Lehre und Ulpians Definition der Gerechtigkeit" in ZS (Rom. Abt.) 108 (1988) pp. 669-679 and Winkel, Laurens "Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problems de methode" in TvR 65 (1997) pp. 373-384.

* Professor in Roman Law, Pontificia Universidad Católica, Chile.

** This article is part of the Conicyt Research Project Anillos de Instigación Asociativa SOC 1111.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 15-26

Although in antiquity there was no human-rights theory[6], from the heart of Greek political philosophy a concept of natural law emerged that discarded most of the superstitions of the ancient period, and served as the foundation of the political and legal order. Like fire, this rational conception continued to burn bright in Greece and Rome and even, after two millennia, in the formation of modern states.

This article will briefly trace the pre-history of natural law, analysing its evolution in Greek legal thought, from the concept of supernatural justice through the crisis in Greek political ideas that gave birth to the concept of natural law.

2. Hesiod and supernatural justice

The ancient Greek world was a universe divided into three layers. The first was the divine order of what was proper for the gods, the second was the human and the last the natural order[7]. The need for justice came from the observation of nature, which was seen negatively. The Greeks conceived the natural world as one hostile to human kind, in which undesirable events happened that ought to be reversed. The world of nature was alien to humankind, lacked justice and was governed by the law of nature, which decreed that the strongest prevailed. Men turned to Justice, a goddess who regulated their social

6 There has been much debate about this during the last ten years, for some scholars believe that in some way the Roman concept of *humanitas* implied the notion of human rights. See Gaudemet, Jean, "Des droits de l'homme ont-ils été reconnus dans l'empire romain?" in Labeo 33 (1987) pp. 7-23; Gaudemet, Jean, "Des droits de l'homme dans l'antiquité?" in Collatio iuris romani, études dédiées à Hans Ankum à la occasion de son 65e anniversaire (Amsterdam, 1995) v. I pp. 105-115; Gaudemet, Jean, "Le monde antique et les droits de l'homme. Quelques observations" in (Jones, H., ed.) (n. 3) pp. 175-183; Fabre, Paul, "Droits de l'homme et respect de la dignité humaine en Grèce antique" in Le monde antique et les droits de l'homme, actes de la 50 session de la société internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité, (Bruxelles, 1996) pp. 155-168. Bauman even translates the expression *ius humanum* as human rights. See Bauman, Richard, Human Rights in Ancient Rome (London, New York, 2000) p. 29. Obviously this is questionable, for even the most cultivated emperors had little consideration for the humanity of slaves or gladiators, whose death was a form of mass entertainment. See Robinson, Olivia, "Crime and Punishment and Human Rights in Ancient Rome" in (Jones, H., ed.) (n. 3) pp. 325-334. Although the notion of humanitas implies a certain universality and holiness in human life (see Riccobono, Salvatore "L'idea di humanitas come fonte di progresso del diritto" in Studi in onore di Biondo Biondi (Milano, 1965) v. II, pp. 585-614), and did inspire some legal decisions, it was not a legal concept and did not occupy a central place in the concept of the political order, as human rights do, so that it cannot be considered as the equivalent of modern human rights. It lacks "une référence à l'universel humaine à laquelle rattacher les droits de la personne en tant que personne" (Haarscher, Guy, "Le monde antique et les droits de l'homme" in (Jones, H., ed.) (n. 3) pp. 197-208). And although some jurists of the third century even recognised in *humanitas* an element that was able to "tempérer la rigueur du droit" (Gaudemet, Jean, "Des droits de l'homme dans l'antiquité?" in Collatio iuris romani, études dédiées à Hans Ankum à la occasion de son 65e anniversaire (Amsterdam, 1995) v. I p. 110), the basic inequality of men, divided into free and slave, *sui iuris* and *alieni iuris*, citizens and foreigners, still determined the treatment of *personae* in Rome, to the point that Gaius used those divisions as the basis for his Institutes.

7 McClelland, J.S., A History (n. 4) L. 192-195.

relations and liberated them from this harsh natural law that was nothing more than brute force. Therefore, *l'attuazione della diké è il segno che distingue l'uomo della bestia*[8].

Even in the earliest Greek literature we see this image. In particular, the didactic poem "Works and Days" of Hesiod, was of particular significance in antiquity. This is one of the first literary works written in Greek (c. eighth century BC)[9], and is almost as old as the Iliad. It is a popular work, having nothing to do with the Homeric heroes and kings, written by a peasant who cultivated a small piece of land with his hands. It expresses distrust of both war[10] and the whole ruling class[11]. In a way, this is a piece of resistance literature confronting power, especially power exercised in an arbitrary fashion contrary to the interests of the common people.

The poem takes the form of a letter addressed to the author's brother, Perses, who deprived him of his inheritance by bribing the judges who were to decide their dispute. The main subject of the poem is therefore justice itself, which, according to the poet, transcends the judgments of the ruling class and comes directly from Zeus:

> Oh kings! Consider for yourselves this punishment, for the gods, mingling with humankind, see those who persecute others with unfair judgments without even caring about the gods. On the land, which sustains many, there are thirty thousand of Zeus' immortals watching over mortal men, who run here and there over the land watching their fair judgments and bad deeds[12].

Therefore the main thing that separates animals and humankind is Justice, a goddess and daughter of Zeus[13]. To illustrate his point, the poet speaks of the parable of the hawk and the nightingale, where the hawk tries to justify his behaviour to the nightingale it has caught in its claws:

> Oh you unfortunate creature, why complain? You are prey to someone stronger than yourself. You will go wherever I take you, even if you are a bard. I shall eat you, or free

8 Gigante, Marcello, Nomos Basileus (Napoli, 1959) p. 47.

9 See Lesky, Albin, Historia de la literatura Griega, (Madrid, 1989) pp. 115-130.

10 War, in the eyes of the author of Works and the Days, does not seem to be the glorious work depicted in the Homeric poems, but a damnation caused by injustice. When justice is accomplished. peace is the reward:

Hesiodus, Opera et dies, 228:
εἰρήνη δ᾽ ἀνὰ γῆν κουροτρόφος, οὐδέ ποτ᾽ αὐτοῖς ργαλέον πόλεμον τεκμαίρεται εὐρύοπα Ζεύς
(Peace is on earth and Zeus, who sees beyond earth, never causes war).

11 The leaders are directly accused of corruption and called *dorofagos*, that is present eaters. (Hesiodus, Opera et dies, 38).

12 Hesiodus, Opera et dies, 248:
ὦ βασιλῆς, ὑμεῖς δὲ καταφράζεσθε καὶ αὐτοὶ
τήνδε δίκην: ἐγγὺς γὰρ ἐν ἀνθρώποισιν ἐόντες
ἀθάνατοι φράζονται, ὅσοι σκολιῇσι δίκῃσιν
ἀλλήλους τρίβουσι θεῶν ὄπιν οὐκ ἀλέγοντες.
τρὶς γὰρ μύριοί εἰσιν ἐπὶ χθονὶ πουλυβοτείρῃ
ἀθάνατοι Ζηνὸς φύλακες θνητῶν ἀνθρώπων:
οἵ ῥα φυλάσσουσίν τε δίκας καὶ σχέτλια ἔργα

13 Gigante, Marcello, Nomos Basileus (n. 8) pp. 19-20.

> you as I choose. Damnation to those who wish to fight those stronger than themselves. They will not be victorious and they will be ashamed and sore[14].

To deal with this animal and natural world, the poet envisages a different role for humankind, not subject to mere brute force:

> Oh Perses! Bear this in mind: heed justice and reject violence, for the son of Chronos has imposed this law upon humankind. He has permitted fish, wild animals and birds of prey to devour each other, for they do not know justice, but to men he has given justice, which is the best of things. If in the agora someone wants to speak with justice, far-seeing Zeus gives him wealth, but if he lies and perjures himself, he is bound to be punished. His descendants diminish and die out, while the descendants of the righteous are well known and abundant[15].

Hesiod, *non accetta il diritto del piú forte perché bestiale e ingiusto*[16]. Men are outside the natural world and its law, from which they are protected by the gods, who have given us Justice to regulate our social relations[17]. Even kings should follow it, lest they be judged and the whole community condemned:

> Oh kings, beware this punishment, for gods are present among men who see how many are persecuted in unfair trials in which no attention is paid to the gods[18].

14 Hesiodus, Opera et dies, 207-212:
δαιμονίη, τί λέληκας; ἔχει νύ σε πολλὸν ἀρείων:
τῇ δ᾽ εἶς, ἦ σ᾽ ἂν ἐγώ περ ἄγω καὶ ἀοιδὸν ἐοῦσαν:
δεῖπνον δ᾽, αἴ κ᾽ ἐθέλω, ποιήσομαι ἠὲ μεθήσω.
ἄφρων δ᾽, ὅς κ᾽ ἐθέλῃ πρὸς κρείσσονας ἀντιφερίζειν:
νίκης τε στέρεται πρός τ᾽ αἴσχεσιν ἄλγεα πάσχει.

15 Hesiodus, Opera et dies, 274-285:
τόνδε γὰρ ἀνθρώποισι νόμον διέταξε Κρονίων
ἰχθύσι μὲν καὶ θηρσὶ καὶ οἰωνοῖς πετεηνοῖς
ἐσθέμεν ἀλλήλους, ἐπεὶ οὐ δίκη ἐστὶ μετ᾽ αὐτοῖς:
ἀνθρώποισι δ᾽ ἔδωκε δίκην, ἣ πολλὸν ἀρίστη
γίγνεται: εἰ γάρ τίς κ᾽ ἐθέλῃ τὰ δίκαι᾽ ἀγορεῦσαι
γιγνώσκων, τῷ μέν τ᾽ ὄλβον διδοῖ εὐρύοπα Ζεύς:
ὃς δέ κε μαρτυρίῃσι ἑκὼν ἐπίορκον ὀμόσσας
ψεύσεται, ἐν δὲ δίκην βλάψας νήκεστον ἀασθῇ,
τοῦ δέ τ᾽ ἀμαυροτέρη γενεὴ μετόπισθε λέλειπται:
ἀνδρὸς δ᾽ εὐόρκου γενεὴ μετόπισθεν ἀμείνων.

16 Gigante, Marcello, Nomos Basileus (n. 8) p. 25.

17 On the matter, Heinimann comments: “Man hat mit Recht betont dass diké und nomos hier scharf zu trennen sind. Denn nicht nur die Menschen haben ja ihren nomos, sondern auch die Tiere die keine diké kennen ...”: Heinimann, Felix, Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutungeiner Antithese im griechischen Denken des 5. Jahrhunderts (Basel, 1945) p. 61.

18 Hesiodus, Opera et dies, 248-251:
ὦ βασιλῆς, ὑμεῖς δὲ καταφράζεσθε καὶ αὐτοὶ
τήνδε δίκην: ἐγγὺς γὰρ ἐν ἀνθρώποισιν ἐόντες
ἀθάνατοι φράζονται, ὅσοι σκολιῇσι δίκῃσιν
ἀλλήλους τρίβουσι θεῶν ὄπιν οὐκ ἀλέγοντες.

Humankind is ruled by norms, apart from those of the State, which neither the central authority nor common person should contravene. This law is not natural, because it is exactly what differentiates men from the world of nature, but rather supernatural, for it comes directly from the gods, who also enforce it[19].

It seems it is not only in Hesiod that one finds the idea of government bound by divine justice and rules that cannot be ousted by the laws of the community. It emerges in so many other works on justice that it appears to form part of the common heritage of the Greek people[20]. The link between divinity and the *nomos* is a common topic in philosophy and literature. For instance, for Heraclitus[21] the *nomos* of the polis, which encompasses the State's laws, could come from the gods or from men:

> Those who speak intelligently should be strengthened by the intelligence common to all, as a city by its laws, and even more strongly. All human laws are nurtured by a divine being that, being superior, controls everything it wishes to; it extends to everyone and everything[22].

In this regard, it is also important to mention the orphic[23] ideas on justice and law, which are succinctly expressed in three hymns: one to Justice (62), another to equity (*dikaiosune*) (63) and a final one to *nomos* (64).

Justice is a goddess who watches everything from above and avenges men's evil deeds, along the same lines as in Hesiod's works[24]. All order in the world is organised through *nomos*, but it is only the *nomoi* of humankind that, thanks to the supernatural influence of Zeus, must follow justice, and this is the difference between men and nature.

The same idea is present in Sophocles' Antigone. In the play, the protagonist decides to bury her brother Polinices, something that has been prohibited by the king, Creon. Antigone is captured and has to confront the king in a dialogue that is usually quoted to demonstrate the presence of a natural-law concept in classical Greek thought:

> CREON: And so, you dared to contravene the law?
>
> ANTIGONE: It was not Zeus who enacted it, nor did Dike (Justice), comrade of the underworld gods, ever conceive of such laws among men. Nor did I think your statutes had such power as to allow one man to ignore the unwritten and unchangeable laws of the

19 On the matter Gigante says: "L'ammistrazione della retta giustizia è possesso di dio ... La concezione di Zeus supremo vindice di giustizia è svolta tanto nella Teogonia che negli Erga": Gigante, Marcello, Nomos Basileus (n. 8) p. 19.

20 See Coing, Helmut Naturrecht (n. 5) p. 23; Boucher, David, The Priority of Law and Morality: the Greeks and the Stoics in Political Theories of International Relations, (New York, Oxford, 1998) pp. 171-190 and Martens, John W., One God, One Law: Philo of Alexandria on the Mosaic and Greco-Roman Law (Leiden, 2003) p. 22.

21 (B114). For an analysis see Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 65 ff. and Gigante, Marcello, Nomos Basileus (n. 8) pp. 50 ff.

22 ξὺν νῷ λέγοντας ἰσχυρίζεσθαι χρὴ τῷ ξυνῷ πάντων, ὅκωσπερ νόμῳ πόλις, καὶ πολὺ ἰσχυροτέρως. τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπειοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον ὁκόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίνεται.

23 On the orphics and their relation with Heraclitus and Pindarus see Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 67 ff. and Gigante, Marcello, Nomos Basileus (n. 8) pp. 54 ff.

24 Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) p. 70.

> gods. They have applied not just today or since yesterday, but always; and nobody knows when they originated.[25]

Antigone defends her conduct in light of the existence of a law of divine origin, emanating from Zeus himself, which has materialised in the goddess Justice and rules human interactions[26]. This is the law that Antigone obeys. Creon, who tries to abolish it through statutes is a mere tyrant. However, this law is somewhat more complex than that depicted in the works of Hesiod. It comprises a body of unwritten laws whose power is superior to that of the laws of any government[27]. Coming directly from the gods, they are eternal and immutable[28]. Many of these characteristics will later become associated with natural law, although Antigone is referring not to a natural body of rules, but rather to a supernatural order imposed on humankind by the gods. The validity of this order therefore depends on the existence and power of the gods. Hesiod's simple ideas on justice have now acquired a different texture, becoming a whole body of laws that supersedes the legislative power of the polis.

The bond between the divine order and the positive law of specific cities, which reinforced their validity, is a constant theme among Greek legislators. For instance, Lycurgus, the Spartan legislator, obtained divine anction for his laws in Delfos[29], something that became commonplace among the great reformers of the sixth and fifth centuries BC[30].

3. Crisis in traditional thought

During the whole archaic period of Greek culture, the legal order was founded on a supernatural order. Judges in Crete were called *kosmoi*, for they received from the divine

25 Sophocles, Antigonae, 449-457:
Κρέων
καὶ δῆτ᾽ ἐτόλμας τούσδ᾽ ὑπερβαίνειν νόμους;
Ἀντιγόνη
οὐ γάρ τί μοι Ζεὺς ἦν ὁ κηρύξας τάδε,
οὐδ᾽ ἡ ξύνοικος τῶν κάτω θεῶν Δίκη
τοιούσδ᾽ ἐν ἀνθρώποισιν ὥρισεν νόμους.
οὐδὲ σθένειν τοσοῦτον ᾠόμην τὰ σὰ
κηρύγματ᾽, ὥστ᾽ ἄγραπτα κἀσφαλῆ θεῶν
νόμιμα δύνασθαι θνητὸν ὄνθ᾽ ὑπερδραμεῖν.
οὐ γάρ τι νῦν γε κἀχθές, ἀλλ᾽ ἀεί ποτε
ζῇ ταῦτα, κοὐδεὶς οἶδεν ἐξ ὅτου ‘φάνη.

26 Pohlenz, Max, Nomos und Physis in Kleine Schriften (De Vries, Jan, ed.) (Hildesheim. 1965) v. II pp. 351-352.

27 Apparently, this is the oldest attestation of unwritten laws. See Martens, John W., One God, One Law (n. 20) p. 28.

28 In this sense, Fabre says that in Ancient Greece law was founded on man's dignity, but "*Le fondement de cette dignité est religieux*": Fabre, Paul, Droits de l'homme (n. 6) p. 155.

29 So says Plutarch, who adds that the Pythia would have named him a god among men: Plutarcus, Lycurgus, 5.3.1-5.3.7.

30 See MacDowell, Douglas M., The Law in Classical Athens, (Cornell, New York, 1978), pp. 41 ff.

world the inspiration to give their sentences[31]. Humankind was distinguished from the world of nature and the law of the strongest, and placed in a superior order, governed by Justice. Man had the sacred fire of the gods. This made him unique and superior to animals.

Nevertheless, towards the end of the archaic period the traditional worldview entered a crisis phase, when Greek rationalism refuted the traditional division of the world into natural, human and supernatural orders, and suggested an alternative view. When Thales of Miletus investigated nature, he tried to explain it in causal terms, that is to say, to reduce it to phenomena that might be explained by intrinsic reasons, from which the constant intervention of the gods and their supernatural acts were absent. He therefore regarded equinoxes and solstices not as events related to divinity, but as phenomena that might be explained in causal terms from a strictly natural perspective[32]. His alleged disciple Anaximander took a further step in this direction by calling the whole natural world a "*kosmos*"[33], an order. In terms of this order, the natural world was not subject to the will of the gods, but governed by the rules of causality, which implied that it was possible to predict events in the world. Thus Anaximandre indicated that the natural world might be "scientifically" studied, which meant, at least to physics scholars, that it was independent of the divine[34].

If the Greek traditional worldview is based on the dependence of the natural and human orders on the divine, once the natural world has declared its independence how long will it be before the human world does the same? Will justice as a model of behaviour still be based on a divine law imposed on humans from above? Are we so different from the natural world?[35]

During the Greco-Persian Wars, the contact of Greek culture with the Eastern Mediterranean increased. Consequently, there was a tendency to compare the mores of the Greeks with those of the rest of the Eastern world. Ionic scholars studied the mores of the Egyptians, the Persians and the Scythians and even exotic people like the Hyperboreans, and made an ethnographical comparison between them. In Herodotus' works we find not only a history of the Greco-Persian wars, but also a detailed account of the physical and human geography of the people of the Eastern Mediterranean. The dependence of mores on climate is discussed[36]. Montesquieu did the same some centuries later. The variety of mores is studied with impartiality, something that reveals a certain cultural relativism in classical Greece[37].

31 The inscription from Dreros GHI 2 (c. 650 BC) is very expressive in this sense. See Von Reden, Sitta, Money in Classical Antiquity (Cambridge, Kindle edition, 2010) L. 689 ff.

32 He seems to have written two works on the problem (D. Laertius 1,23).

33 Plutarcus, Stromata 145.179.9-13.

34 See Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 43 ff.

35 See Schiavone, Aldo, The Invention of Law in the West, (Harvard, Cambridge, 2012) pp. 292-293.

36 Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 23 ff.

37 Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 78-80.

In this context, during the fifth century BC, the contrast between *nomos* (law) and *physis* (nature) appears in medical science[38]. In the Corpus Hipocraticum two works dating from the second half of the fifth century BC – *De aere aquis et locis* and *De morbo sacro* –distinguished *physis*, that is nature, from *nomos*, human convention[39]. Nature was seen as a given to which the mores – the *nomoi* – of the people should adapt. Climate (*physis*) and mores (*nomos*) would determine the ethnical appearance of people *Wie die beiden Faktoren physis und nomos für die Unterschiede der Körpergestalt veranworlich sind*[40]. This idea is clearly stated in *De aere aquis et locis* at the beginning of chapter 14[41]:

> I'll leave aside minor differences between nations and I'll consider only the large ones that come from nature or law, and I'll begin with the Macrocephalos.

This is followed by a strange description of how a people, through their mores and climate, are able to change the shape of their heads in order to enlarge them. In the following chapters the different nations of Europe and Asia are described. The relationship between climate and laws, which to Herodotus was a mere curiosity, became in the *Corpus Hipocraticum* a fundamental element in the diagnosis and prevention of disease[42].

The first sophists discussed conclusively the ethical and legal consequences of the separation of humankind and divinity. Here the role played by Protagoras (490-421 BC) cannot be overestimated[43]. Protagoras was born in Abdera c. 490 BC. He was a contemporary – and maybe a disciple – of Democritus[44], and led a wandering life, teaching philosophy in different cities in the Greek world. He was a close friend of Pericles[45] and spent some time in Athens, from which he was eventually expelled either by a decision of the Assembly or after a trial for impiety. Among his main teachings, he stated that all causes of natural phenomena are to be found in matter[46], something that places him among the first materialist philosophers. Regarding the gods, he declared himself an agnostic, for he said that it is impossible to know whether they exist or not[47].

38 Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 11 ff.; Pohlenz, Max, Nomos und Physis (n. 26) pp. 341-346.

39 Gigante, Marcello, Nomos Basileus (n. 8) p. 14; Pohlenz, Max, Nomos und Physis (n. 26) pp. 346-347.

40 Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) p. 16.

41 καὶ ὁκόσα μὲν ὀλίγον διαφέρει τῶν ἐθνέων παραλείψω,ὁκόσα δὲ μεγάλα ἢ φύσει ἢ νόμῳ, ἐρέω περὶ αὐτῶν ὡς ἔχει.καὶ πρῶτον περὶ τῶν Μακροκεφάλων.

42 Heinimann says: "Während Völkerbeschreibung für Herodot weitgehend Selbzweck ist, dient sie dem Hippokratiker nur als Beweismaterial für seine These vom Einfluss des Klimas auf die Menschen in ihrer körperlichen und geistigen Konstitution": Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) p. 24.

43 Nevertheless, the sophistic theory of nomos and physis may have appeared before Protagoras, in the works of Archelaos and Hippias. See Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) pp. 100-114 and Pohlenz, Max, Nomos und Physis (n. 26) v. II p. 356.

44 On the relation between Archelaos, Democritus and Protagoras see Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) p. 148.

45 Plutarch even described them debating liability for an accidental event. See Plutarcus, Pericles, 36.

46 Sextus Empiricus, Pyrrhoniae hypotyposes, 1.216 ff.

47 Philostratus,Vitae sophistarum, 1.10.

As far as the theory of knowledge is concerned, he was a relativist, considering that man was the measure of all things[48], so there could not be universally valid knowledge. Each man could only build his own truth[49]. The moral consequence of this statement is quite apparent, for it indicates that there cannot be good or evil, but that each action may be subject to a different moral judgment according to the judge's whim. In this sense, two equally valid discourses will always have to be considered in judging any action. In legal matters, a good lawgiver should consider what is useful for the community and convince it that what is useful is also just[50]. The legal perspective of Protagoras was surprisingly similar to nineteenth-century utilitarianism[51] and, because of his close relations with Athenian elite, had important practical consequences in the Peloponnesian War.

The Melian dialogue, reported by Thucydides, may be a quite literal transcription of the arguments raised during the Athenian invasion of Melos, when Protagoras' ideas and the traditional concept of justice were debated. During the Peloponnesian War (431-404 BC), Athenian forces invaded the island of Melos (or Milos) in order to force it to abandon the Spartan alliance and submit to the power of Athens. Before the siege, there was a parley between the leaders of the Athenian forces and the Melians, in which the right of Athens to demand submission – not mere neutrality – was debated. In the dialogue, the Athenians demanded that the debate should focus on what was in the interests of Melos – that is to say, whether they should submit to Athens or be utterly destroyed – for between the weak and the strong there could not be considerations of justice[52]. Justice was removed from the dialogue and its place taken by utility. The Athenians argued that natural law supported their aggression: the law of the strongest[53], which they had not created nor could change. In short, once the gods and their supernatural law were removed from the human order, there was no longer a difference between man and other animals and he was again subject to natural law, like the nightingale in the claws of the hawk.

Plato attributes the most brutal exposition of this natural law to Thrasymachus, a sophist and rhetorician of whom we know practically nothing, apart from his rather unpleasant statement mentioned in the Republic. In this work, Thrasymachus interrupts a dialogue between the main characters and suggests they ask him what he believes justice to be. Once he convinces them to put the question, he gives them this answer:

48 Plato, Cratylus, 385e and Aristoteles, Metaphysica, 9.6, 1062b.10-13.

49 Sextus Empiricus, Pyrrhoniae hypotyposes, 1.216.
In this sense, the ethical ideas of Protagoras are related with ionic relativism. In Heinimann's words, nomos means Menschenmeinung: Heinimann, Felix, Nomos und Physis (n. 17) p. 119. On the concept of nomos as a convention see, also, Martens, John W., One God, One Law (n. 20) pp. 22-23.

50 Plato, Theaetetus, 167c.2.

51 On utilitarianism in antiquity see Waldstein, Wolfgang, Natural Law and the Defence of Life in Evangelium Vitae in Evangelium Vitae. Five Years of Confrontation with Society Libreria Editrice Vaticana, (Vaticano, 2000) pp. 225-230.

52 Thucydides, Historiae, 5.89.1.6-9.

53 Thucydides, Historiae, 5.105.2.

> Well, listen. I say that justice is nothing more than what is useful to the strongest. Why don't you applaud? I knew you wouldn't![54]

In the face of Socrates' perplexity, he explains his ideas:

> Do not all people make laws for their own benefit, the democrats, democratic laws, the tyrant, tyrannical ones and so on? Once these laws are passed, do they not declare that justice for the governed is to follow them? Are trespassers who are guilty of an unjust action not punished? Here is my opinion. In every state, Justice is no more than the utility of the one who holds power and is therefore the strongest. It follows that to any man who has reason, Justice and what is useful to the strongest are always and everywhere the same[55].

4. Aristotle

The Thrasymachus thesis, that justice was the law of the strongest, completed the fusion of the human and natural orders after the final breakdown of divinity. Men were not different from animals, law derived from brute force and what was called justice was only a mask used by the powerful to cover up their deeds. As it was among hawks, so it was between men. Socrates' refutation was only a nicety, and the Thrasymachus thesis continued to be a bitter sediment in the Republic. In a world suffering from political decomposition, where the fundamental political unit, the polis – today the National State – is always incapable of guaranteeing the independence of its citizens in the face of powerful external threats, as exemplified by Philip of Macedonia, the diadochi kings and later Rome, politics, through the Thrasymachus thesis, show its hobbesian face by transforming brute force into law.

In this context, Aristotle was able to invert the terms, giving a new meaning to natural justice as a rational entity that was independent of the cultural or religious values of any particular community. Aristotle, at the beginning of his Politics, defines men as social and rational animals, which fundamentally changes their relationship with nature:

> The reason for men to be social, more so than any being or gregarious animal, is clear. Nature, as we say, does nothing in vain. Only men, among animals, have speech. The voice is a sign of pain or pleasure, which is why other animals also have it. (Their nature has allowed them to have the sensation of pain and pleasure and show each other these sensations). However, speech exists to show what is convenient and harmful, and what is just and unjust. And it is unique to man, unlike other animals, who possesses, a sense of

54 Plato, Respublica, 338.c.1-3:
ἄκουε δή, ἦ δ᾽ ὅς. φημὶ γὰρ ἐγὼ εἶναι τὸ δίκαιον οὐκ ἄλλο τιῆ τὸ τοῦ κρείττονος συμφέρον. ἀλλὰ τί οὐκ ἐπαινεῖς; ἀλλ᾽οὐκ ἐθελήσεις.

55 Plato, Respublica, 338.e.1-4:
τίθεται δέ γε τοὺς νόμους ἑκάστη ἡ ἀρχὴ πρὸς τὸ αὑτῇσυμφέρον, δημοκρατία μὲν δημοκρατικούς, τυραννὶς δὲτυραννικούς, καὶ αἱ ἄλλαι οὕτως: θέμεναι δὲ ἀπέφηναντοῦτο δίκαιον τοῖς ἀρχομένοις εἶναι, τὸ σφίσι συμφέρον.

> good and evil, of the just and unjust, etc. From this community the family house and the polis are born[56].

Man is a rational being who has language in order to socialise with other men. Human nature is different from animal nature, for it possesses, through reason, a sense of justice that is natural to it and therefore, innate. Political life is founded on this rational natural justice; and this is the difference between men and animals, which are bound to the law of the strongest. In this sense, there is a natural justice and therefore a natural law that is valid everywhere, beyond mere conventional justice:

> Political justice is partly natural and partly legal. That which has the same strength everywhere and does not depend upon our approval or disapproval is the natural part. What in principle is indifferent, such as paying a mine to rescue a prisoner or to sacrifice a goat and not two sheep is the legal part, as are arrangements for specific cases, like offering a sacrifice in honour of Brasidas, and things ordered by regulations. It seems to some that all law is merely legal. They argue that nature is immutable and has the same strength everywhere, like fire, that burns in the same way here or in Persia, but, on the contrary, in the human order we see things that are considered just change. Things do not happen precisely this way, although in a certain sense they do. Although among gods there might be no change at all, among us everything is by nature subject to change. This does not prevent some things from being natural and others not[57].

This concept of natural justice as rational justice, constructed without the aid of religious values, which opposes the law of the strongest, continued through Roman law[58] and into modern rationalism and forms the foundation of a group of rights, namely modern human rights, which every State must respect and which limit sovereignty.

56 Aristoteles, Politica, 1253a.9-17:
λόγον δὲ μόνον ἄνθρωπος ἔχει τῶν ζῴων: ἡ μὲν οὖν φωνὴ τοῦλυπηροῦ καὶ ἡδέος ἐστὶ σημεῖον, διὸ καὶ τοῖς ἄλλοις ὑπάρχειζῴοις (μέχρι γὰρ τούτου ἡ φύσις αὐτῶν ἐλήλυθε, τοῦ ἔχειναΐσθησιν λυπηροῦ καὶ ἡδέος καὶ ταῦτα σημαίνεινἀλλήλοις),ὁ δὲ λόγος ἐπὶ τῷ δηλοῦν ἐστι τὸ συμφέρον καὶ τὸ βλαβερόν, ὥστε καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἄδικον: τοῦτογὰρ πρὸς τὰ ἄλλα ζῷα τοῖς ἀνθρώποις ἴδιον, τὸ μόνονἀγαθοῦ καὶ κακοῦ καὶ δικαίου καὶ ἀδίκου καὶ τῶν ἄλλωναΐσθησιν ἔχειν: ἡ δὲ τούτων κοινωνία ποιεῖ οἰκίαν καὶ πόλιν.

57 Aristoteles, Ethica Nicomachea, 1134b.18-26:
τοῦ δὲ πολιτικοῦ δικαίου τὸ μὲνφυσικόν ἐστι τὸ δὲ νομικόν, φυσικὸν μὲν τὸ πανταχοῦ τὴναὐτὴν ἔχον δύναμιν, καὶ οὐ τῷ δοκεῖν ἢ μή, νομικὸν δὲ ὃ ἐξἀρχῆς μὲν οὐδὲν διαφέρει οὕτως ἢ ἄλλως, ὅταν δὲ θῶνται,διαφέρει, οἷον τὸ μνᾶς λυτροῦσθαι, ἢ τὸ αἶγα θύειν ἀλλὰμὴ δύο πρόβατα, ἔτι ὅσα ἐπὶ τῶν καθ᾽ ἕκαστα νομοθετοῦσιν,οἷον τὸ θύειν Βρασίδᾳ, καὶ τὰ ψηφισματώδη. δοκεῖ δ᾽ ἐνίοιςεἶναι πάντα τοιαῦτα, ὅτι τὸ μὲν φύσει ἀκίνητον καὶπανταχοῦ τὴν αὐτὴν ἔχει δύναμιν, ὥσπερ τὸ πῦρ καὶἐνθάδε καὶ ἐν Πέρσαις καίει, τὰ δὲ δίκαια κινούμεναόρῶσιν. τοῦτο δ᾽ οὐκ ἔστιν οὕτως ἔχον, ἀλλ᾽ ἔστιν ὥς: καίτοιπαρά γε τοῖς θεοῖς ἴσως οὐδαμῶς, παρ᾽ ἡμῖν δ᾽ ἔστι μέν τικαὶ φύσει, κινητὸν μέντοι πᾶν, ἀλλ᾽ ὅμως ἐστὶ τὸ μὲν φύσειτὸ δ᾽ οὐ φύσει.

58 Traditionally, the influence of the Stoa in the formation of the concept of ius naturale has been stressed. Nevertheless, Winkel has demonstrated the profound reception of Aristotelian thought in Ulpian's definition of justice and natural law. See Winkel, Laurens, Die stoiche (n. 5) pp. 669-679.

Abstract

This article traces the classical roots of natural law and human rights. Although in antiquity there was no concept of human rights, among poets, philosophers and jurists there was an idea of justice that no government could overrule. Although the idea of rights was absent from these constructs, they form the basis of modern legal ideas. We find the first exposition of basic rights in the work of Hesiod, which, after the fifth-century crisis in the Greek concept of the world, led to a new idea of natural justice that was developed by Aristotle.

LEIBNIZ AS LEGAL SCHOLAR

Matthias Armgardt*

1. Introduction[1]

These days, Leibniz is very famous for his contributions to philosophy, especially in the field of metaphysics, and to mathematics, especially for the invention of calculus and the binary numeral system. However, attention has seldom been drawn to the fact that Leibniz was also, particularly at the beginning of his career, a legal scholar. Even legal historians have been reluctant to translate and analyse his complex works on the law. Luig was one of the first legal historians to consider these texts, but did so from a dogmatic point of view only.[2] When I wrote my book[3] about Leibniz' *Doctrina conditionum*[4] in the 1990s, no translation was available. Nowadays, French translations of some of his legal texts by the philosopher Boucher are available,[5] as well as English translations by the philosopher Dascal[6] and by Sartor and Artosi.[7] In addition, some of his texts on natural

1 I wish to thank my friend Laurens for his encouragement to return to Leibniz after a break of more than ten years. I had the opportunity to present part of this paper at the Erasmus University Rotterdam in January 2013.

2 Recently, Luig made a methodological contribution as well: Klaus Luig, Leibniz's concept of jus naturale and lex naturalis – defined "with geometric certainty", in: Daston/Stolleis (eds.), *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe*, Ashgate 2009, pp. 183ff.

3 Matthias Armgardt, Das rechtslogische System der "Doctrina conditionum" von G. W. Leibniz, Diss. Köln, Marburg 2001 (referred to as Armgardt, DC). The basis of my research was a very important paper by Heinrich Schepers, Leibniz' Disputationen "De conditionibus": Ansätze zu einer juristischen Aussagenlogik, in: Akten des II. Internationalen Leibnizkongresses in Hannover, Wiesbaden, 1975, Vol. VI, pp. 1-17.

4 A VI 1, pp. 365ff.

5 Pol Boucher, *G. W. Leibniz, Doctrina conditionum*, Duchemin, 1998, and *G. W. Leibniz, Des cas perplexes en droit*, Paris 2009.

6 Marcelo Dascal, *G. W. Leibniz, The Art of Controversies*, Springer 2008.

7 Alberto Artosi, Bernardo Pieri, Giovanni Sartor (Ed.), *Leibniz Logico-Philosophical Puzzles in the Law, Philosophical Questions and Perplexing Cases in the Law*, Springer 2013.

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte, Römisches Recht und Neuere Privatrechtsgeschichte, Universität Konstanz.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 27-38

law have been translated into German by the philosopher Busche.[8] The historians of philosophy do the work of the legal historians. This is probably because Leibniz always combined law and philosophy in a complex way, and more specifically law and formal logic. Unfortunately, not many legal historians have a background in logic. Thus, more than three hundred years after his death, we are not at the end but at the very beginning of research on Leibniz' works on law.

The first part of this paper will comprise a historical perspective. An outline will be given of the life of the young Leibniz with an emphasis on his early career as a legal scholar. I shall deal with Leibniz' main works on law and legal theory, and with his ambitious and unfortunately incomplete project undertaken during his time in Mainz, namely a revision of Roman law and an attempt to codify the civil law.

The second part of this paper will adopt a systematic perspective: it will show the link between law and philosophy in the legal theory of Leibniz. I shall deal with the combination of philosophy and Roman law as well as the role of logic in the *Doctrina conditionum* of Leibniz.

2. Historical perspective

Gottfried Wilhelm Leibniz was born in 1646 in Leipzig, two years before the end of the Thirty Years' War, which had utterly destroyed Germany. He died in 1716 in Hannover, where he spent the last four decades of his life.[9] Leibniz came from a family with a strong juridical tradition: his mother Katharina Schmuck was the daughter of a jurist and his father Friedrich Leibniz was a notary and professor of moral philosophy at the University of Leipzig.[10] I think it was very important to Leibniz, who lost his father at the early age of six, that his father was both a jurist and a philosopher. Anyway, the legal thinking of Gottfried Wilhelm Leibniz was always a combination of technical juridical thinking and moral philosophy. As a marginal note, it is regrettable that these two fields are so separated from each other in Germany nowadays.

After the early death of his father, Leibniz studied the books in his father's library as an autodidact. Mercer has recently shown how deeply he was influenced by ancient philosophy, and especially by Plato and Aristotle.[11] This influence obviously goes back to the studies undertaken during his youth.

As early as 1661, at the age of fifteen and while he was still in Leipzig, Leibniz started to study philosophy, mathematics and law. At first, Leibniz studied philosophy under Jacob Thomasius, who was also the mentor of his first scientific work: the *Disputatio metaphysica de principio individui*, published in 1663.[12] As is well known, the principle

8 Hubertus Busche, *Gottfried Wilhelm Leibniz, Frühe Schriften zum Naturrecht*, Meiner 2003.

9 Possibly the best biography is by Maria Rosa Antognazza, *Leibniz An Intellectual Biography*, Cambridge University Press 2008.

10 Antognazza, (n. 9), pp. 24ff.

11 Christia Mercer, *Leibniz's Metaphysics Its Origin and Development*, Cambridge University Press 2002.

12 Antognazza, (n. 9), pp. 56ff.

of individuality became a very important basic principle in the metaphysics of Leibniz, especially because of his concept of the monad.

In 1663 Leibniz obtained a Bachelor of Philosophy degree, and then continued his studies in Jena under Erhard Weigel in order to deepen his understanding of mathematics.[13] However, after the disaster of the Thirty Years' War, the intellectual life of Germany was almost completely destroyed and the lectures of Weigel were not very profound. For this reason, Leibniz obtained a Master of Mathematics degree only after he had gone to Paris at the age of twenty-six.

In the winter of the year 1663, Leibniz concentrated on the study of law. His second publication deals with a topic that straddles the borderline between law and philosophy: it is the *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum*, published in 1664.[14] Leibniz shows that without philosophical reasoning, some important questions on law cannot be answered. The work's focus is on philosophy and the *Specimen* enabled Leibniz to obtain a Magister Philosophiae.

The first dissertation, which deals with a technical problem in Roman law, is the *Disputatio juridica de conditionibus*.[15] It has two parts, because Leibniz did not manage to finish the *Disputatio* in time. The text is extremely dense and almost unreadable. For this reason, Leibniz prepared a second and completely new edition in 1669 with a new title: *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrinam conditionum*.[16] In my analysis of the *Specimen*, I offered a first translation of this text, followed by Boucher's French translation. Here Leibniz applies propositional logic, modal logic and probability logic to the law of conditions. I shall come back to this in the second part of this paper. Without any doubt, even his first book about the law is a masterpiece. This text allowed Leibniz to obtain the degree of iuris utriusque baccalaureus.

In 1666, he was able to publish three texts: The *Disputatio arithmetica de complexionibus*, dealing with combinatoric and logic; the very famous *Dissertatio de arte combinatoria*[17] – his habilitation in philosophy, and the PhD-thesis *Disputatio de casibus perplexis*,[18] which has been largely neglected up until now. It is almost incredible that the twenty-year-old Leibniz wrote so many very important books in such a short time. This would change: Leibniz subsequently went to the other extreme, and hardly published anything else during the rest of his life.

In order to become a doctor iuris utriusque, Leibniz had to leave Leipzig because in terms of its law faculty's strict rules, on account of his youth he would have had to wait several years to obtain his doctorate. Consequently, Leibniz moved to the University of Altdorf near Nürnberg where his already completed thesis was immediately accepted and greeted with applause.[19] The text deals with contradictory legal dispositions that feature

13 Antognazza, (n. 9), pp. 58f.

14 A VI 1, pp. 69ff.

15 A VI 1, pp. 97ff.

16 A VI 1, pp. 365ff.

17 A VI 1, pp. 163ff. An English translation is forthcoming.

18 A VI 1, pp. 231ff.

19 Antognazza, (n. 9), 65ff.

in Roman law in particular. Leibniz gives three rules for the solution of all possible cases. This demonstrates his technique of using simple rules to solve complex problems. When he invented calculus at the age of about thirty years, he adopted a similar approach to mathematics. Boucher recently translated the text into French, and Sartor and Artosi translated it into English, but legal historians have not yet taken much notice of this important text despite its high quality.

In 1666, Leibniz was offered a professorship of law in Altdorf, but he rejected the offer. He wished to complete his studies in the Netherlands, but things turned out differently. In 1667, Leibniz wrote a very famous text, the *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*.[20] Busche translated part of the text into German,[21] but even now there is still no complete German translation. Recently, the whole of the *Nova methodus* was translated into Italian.[22] The text challenges the way law was studied at that time. Leibniz wanted to reduce the duration of legal studies from five to two years. He wanted to use the *Elementa iuris naturalis* as a philosophical basis for law as a science, and he wanted to revise the *Corpus iuris civilis*. According to the *Nova methodus*, theology forms part of jurisprudence. Antognazza has recently shown that Leibniz was very interested in theological issues, such as the miracles of trinity and incarnation.[23] On the one hand, Leibniz' concerns about these issues were without any doubt related to his deep interest in religion in general. On the other hand, he had been born during the Thirty Years' War, which devastated the economic and intellectual life of Germany, and in his early years in Mainz and later throughout his whole life he made innumerable attempts to reconcile the Protestants and the Catholics and to unify the Christian Church. This dimension has to be taken into account if one wishes to have a complete picture of the Leibnizian philosophy of law.

The *Nova methodus* opened the doors of the University of Mainz to him, and he stayed there from 1668 to 1672. During these four years, Leibniz worked assiduously in the field of law. His mentor, Baron Johann Christian von Boineburg, introduced the young scholar to the Elector Johann Philipp von Schönborn who appointed Leibniz as a judge. However, first and foremost, he had to work on a very important project, namely the revision of the *Corpus iuris civilis*. Leibniz had to help Hermann Andreas Lasser, a counsel of the court, bring this great idea to fruition.[24] Initially there had only been a plan to make a *Corpus iuris civilis reconcinnatum*,[25] simply a new arrangement of the sources collected in the *Corpus iuris*; but under the influence of Leibniz, the plan changed. In the end, the *Corpus iuris civilis reconcinnatum* consisted of four parts.[26]

20 A VI 1, pp. 259ff.

21 Busche, *Naturrecht*, pp. 27ff.

22 Carmelo Massimo de Iuliis, *G. W. Leibniz, Il nuovo metodo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza*, Milano 2012.

23 Maria Rosa Antognazza, *Leibniz on the Trinity and the Incarnation. Reason and Revelation in the Seventeenth Century*, Yale University Press 2007.

24 Busche, *Naturrecht*, pp. XXXIIIff.

25 Cf. Klaus Luig, Die Rolle des deutschen Rechts in Leibniz' Kodifikationsplänen, in: Akten des II. Internationalen Leibnizkongresses in Hannover, 1973, p. 165 (168f) = Ius Commune V (1975), pp. 56ff.

26 Luig (n. 25), pp. 169ff.

The most important part is the first one: The *Elementa iuris naturalis*. Between 1669 and 1671, Leibniz wrote several unpublished drafts of the *Elementa*, which are now published in the Leibniz edition. Some texts have been translated into German by Busche. They contain moral philosophy and deontic logic.[27] I can show that the roots of this approach may already be found in the *Doctrina conditionum* (1665).[28]

The second part of the *Corpus iuris civilis reconcinnatum* was to have been the *Elementa iuris civilis communis hodierni* – a new codification of civil law in modern terms. The nucleus legum was to have contained a short version of the former. The last part, the *Corpus iuris civilis reconcinnatum*, was to have contained a collection of ancient Roman law as a historical basis of the new *Codex*. In the Leibniz Edition, we find several drafts of the *Elementa juris naturalis*[29] and some information about the *Elementa iuris civilis*,[30] but the other parts unfortunately remain hidden in darkness.

The year 1672 was a turning point in the life of Leibniz. He went to London and Paris to study mathematics under the great Dutch scholar Christiaan Huygens from Den Haag. Huygens became Leibniz's teacher, but we do not know if Leibniz invented the differential and integral calculus in 1676 without his generous help.[31]

After four great years in Paris, Leibniz had to come back to Germany nolens volens, and became juridical counsellor and librarian at the court of Hannover under the Guelf Dukes. In 1678 or 1679 Leibniz wrote a short paper about legal theory which, although unpublished, was very good: *De legum interpretatione, rationibus, applicatione, systemate*.[32] Dascal recently translated the text into English.[33] It is one of the best existing texts about legal theory.

Between 1677 and 1686, Leibniz wrote some minor papers about natural law. This is because he spent most of his time between 1680 and 1685 as an engineer in the Harz attempting to drain water from mines, by developing new pumps driven by windmills.[34]

It is remarkable that as early as 1678 Leibniz prepared a plan of a *Codex Leopoldinus* that should have been implemented by the Emperor in Vienna for the whole Holy Roman Empire of the German Nations. Although several drafts of a preface were written between 1680 and 1685 during the Harz project, it was never implemented.[35]

After 1686, Leibniz focused especially on history. He undertook to write a history of the Guelfs, a project in which he continued to invest considerable effort until his death, but which was left unfinished. During this time, Leibniz developed his mature philosophy

27 Georges Kalinowski/Jean-Louis Gardies, Un logicien deontique avant la lettre: G. W. Leibniz, ARSP 60 (1974), pp. 79ff.

28 Armgardt, DC, pp. 162ff.

29 A VI 1, pp. 431ff.

30 A VI 2, pp. 35ff.

31 Antognazza, (n. 9), pp. 139ff.

32 A VI 4 C 2782ff.

33 Marcelo Dascal, *The Art of Controversies*, pp. 77ff. I am glad that I had the opportunity to discuss this text with Marcelo during his stay in Konstanz.

34 Eric J. Aiton, *Gottfried Wilhelm Leibniz*, 1991, pp. 161ff.

35 Luig, *Ius Commune* V (1975), p. 56 (64ff).

and made further important discoveries in mathematics. A major achievement for him was the foundation of the Academy of Sciences in Berlin. He wrote only a few papers on law after 1686.

A famous exception is the *Codex iuris gentium diplomaticus*, published in 1693. It contains a collection of hitherto unpublished documents that were of importance in public law at that time.[36] Thus it has more of an historical than a juridical character, although in the preface to the *Codex*, Leibniz provides a very important definition of justice: "Iustitia est caritas sapientis".[37] Leibniz worked hard on this definition and tried to make it the foundation of the whole of the law. Again, moral philosophy was to be considered as the foundation of law.

After 1700, Leibniz wrote two famous books. First was the *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, a response to John Locke, only published after the death of Leibniz in 1765, allegedly because of the death of Locke. Second was the famous *Theodicee*, published in 1710 in Amsterdam. The *Theodicee* was Leibniz' last reply to the objections Pierre Bayle had raised since 1697 in several editions of his *Dictionnaire historique et critique*, published in Rotterdam, to the *Système nouveau* of Leibniz. In the *Nouveaux Essais* and in the *Theodicee*, there are several allusions to Roman and natural law, but the old Leibniz no longer goes into details.

To conclude the first part, let us look briefly at the relationship between Leibniz and the other legal scholars dealing with natural law.

The famous Hugo Grotius died in 1645, one year before Leibniz was born. Leibniz frequently cites his books as authority, especially in the *Nova methodus* and in the *Elementa juris naturalis*, and makes use of his concepts. However, he sometimes criticises Grotius sharply, especially when Grotius abandons basic principles of Roman law like the principle of tradition for the transfer of ownership of movables.[38]

Samuel Pufendorf (1632-1694), who was fourteen years older than Leibniz, became the leading authority in the field of natural law during the seventeenth century. His books *Elementorum jurisprudentiae universalis* (1660), *De jure naturae et gentium* (1672) and, especially, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem* (1673) (translated completely by Luig[39]) made him famous.

The relationship between Leibniz and Samuel Pufendorf was a difficult one. There were personal tensions between them but Leibniz also criticised Pufendorf's approach to natural law very harshly.[40] In his *Elementa juris naturalis*, Leibniz emphasised that

36 Antognazza, (n. 9), p. 330.

37 For more information, see Patrick Riley, *Leibniz' Universal Jurisprudence*, Harvard University Press 1996, pp. 141ff.

38 Letter of Leibniz to Conring, (13./23.01.1670), A II 1, pp. 28-33. See Busche, *Naturrecht*, pp. 322ff (332/333). Unfortunately, Busche does not provide adequate translations into German of the termini technici of Roman private law such as actio, exceptio, actiones bonae fidei et stricti juris.

39 Samuel von Pufendorf, *Über die Pflicht des Menschen und des Bürgers nach dem Gesetz*, edited and translated by Klaus Luig, Frankfurt/M. 1994.

40 Antognazza, (n. 9), p. 474.

to him, logic (as a part of his *scientia generalis*) was the basis of all legal thinking. The intuitive approach of Pufendorf, who obviously had no knowledge of formal logic, was therefore lacking in the eyes of Leibniz.[41] In a letter to Kaestner, written in 1709, he called Pufendorf a "vir parum jurisconsultus et minime philosophus".[42]

Christian Thomasius (1655-1728), the son of Jacob Thomasius, who had taught Leibniz philosophy, was nine years younger than Leibniz. Among legal historians, Christian Thomasius is known for advocating the abolishment of torture. The young Thomasius was very much under the influence of Pufendorf and it is thus not surprising that Leibniz often criticised his works.

It has often been said that the worst thing that happened to Leibniz' philosophy was that Christian Wolff (1697-1754), thirty-three years younger than himself, developed his philosophy along the lines of Leibniz' system, but with a completely different understanding of its foundation. The reception of Leibniz' philosophy in the eighteenth and early nineteenth centuries was really a reception of Leibnizian-Wolffian philosophy, even though the two systems were built on the basis of entirely incompatible fundamental notions, especially with regard to their entirely different understanding of the concept of monad.[43]

Leibniz nevertheless supported the young mathematician several times, and Wolff became a professor of mathematics because of Leibniz' recommendation.[44] Between 1740 and 1748, long after the death of Leibniz, Wolff wrote the *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* in eight large volumes on the subject of natural law. I am quite sure that Leibniz would not have liked it. A comparison of the texts of Leibniz with those of Wolff shows their methods to be very different. In addition, Leibniz' style was concise and very dense, unlike that of Wolff. Most crucially, Wolff had no professional training in Roman law, so that the juridical quality of his work was inferior to that of Leibniz.

In concluding the first, historical part of this article, I wish to stress that between 1665 and 1672 the young Leibniz wrote juridical texts of the highest quality. These texts comprise a unique combination of highly technical Roman law, logic and moral philosophy. Concerning the plan for a *Corpus iuris civilis reconcinnatum*, it should be mentioned that the first new codex, the *Codex Maxmilianeus Bavaricus civilis*, was published in 1756, only forty years after Leibniz' death, which shows that Leibniz' plan was not totally unrealistic.

41 Similarly, Wolfgang Röd, *Geometrischer Geist und Naturrecht, Methodengeschichtliche Untersuchungen zur Staatsphilosophie im 17. und 18. Jahrhundert*, München 1970, p. 105. For more information about Leibniz' criticism, see Tim J. Hochstrasser, *Natural Law Theories in the Early Enlightenment*, 2000, pp. 72ff.

42 Dutens IV, 3, 261, letter to Kaestner, 21.8.1709. Cf. Hans Welzel, *Die Naturrechtslehre Pufendorfs ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts*, Nachdruck 1986, pp. 4ff.

43 Aiton, (n. 34), pp. 507f.

44 Aiton, (n. 34), pp. 425ff.

3. Systematic perspective: Connections between law and philosophy

Leibniz' initial work as a legal scholar is the philosophical text *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum*, published in 1664.[45] In this very early text Leibniz already proclaimed the belief that he held throughout his life, namely that it is not only useful but also necessary to combine law and philosophy. Under the influence of Weigel in Jena, who wanted to apply mathematics to all fields, he argued that philosophy ought to be applied to law to find solutions that the law itself could not provide.

Let us now have a closer look at Leibniz' first masterpiece: the *Disputatio juridica de conditionibus* of 1665,[46] of which Leibniz produced a second version in 1669 with the title *Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrinam conditionum*.[47] The title contains the thesis: in the field of legal conditions, it will be shown that certainty and proof exist in law. Unfortunately, the printer of this work died suddenly and the manuscript was lost for years.[48]

Leibniz deals with the very subtle Roman law of conditions more geometric: He makes use of eighty definitions and seventy theorems. Leibniz always believed that definitions rather than axioms are the basis of everything. He proves the theorems by making use of the definitions and the rule of substitution. Leibniz does not develop a new theory of conditions independent of Roman law, but through his method shows that Roman law is rational. Leibniz repeatedly said that Roman jurists were the pupils of the Stoic logicians. Indeed, the late Spanish Romanist Juan Miquel was able to show that this is true[49] and I have been able to contribute to this topic as well.[50] For example, it can be proved that the Roman jurist Julian knew the rules reinvented by Augustus de Morgan.[51]

In the *Doctrina*, Leibniz deals with three types of logic: propositional logic,[52] modal logic[53] and probability logic.[54] In antiquity, the Stoics developed a propositional logic equivalent to our modern propositional logic, but they did not make use of truth-functions and symbols. In addition, Leibniz was probably acquainted with the logic of consequences of the scholastics. This kind of propositional logic is the starting point of the *Doctrina conditionum*. At the beginning, Leibniz develops a general theory of

45 A VI 1, pp. 69ff.

46 A VI 1, pp. 97ff and 125ff.

47 A VI 1, pp. 365ff.

48 For more information on the sad history of the *Doctrina conditionum*, see Armgardt, DC, pp. 5-9.

49 Juan Miquel, Stoische Logik und Römische Jurisprudenz, SZ Rom 87, 1970, pp. 85ff.

50 Matthias Armgardt, Zur Bedingungsdogmatik im klassischen römischen Recht und zu ihren Grundlagen in der stoischen Logik, TR 76 (2008), pp. 219-235, and Salvius Iulianus als Meister der stoischen Logik – zur Deutung von Iulian D. 34,5,13(14), 2-3, in: Matthias Armgardt/Fabian Klinck/Ingo Reichard (eds.): *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen Bd. 68, Berlin 2013, pp. 29-36.

51 Even a generalisation of the Laws of Augustus de Morgan may be found in a fragment of Julian: see Armgardt, *Liber amicorum Christoph Krampe*, p. 29 (33ff).

52 Armgardt, DC, pp. 128ff.

53 Armgardt, DC, pp. 157ff.

54 Armgardt, DC, pp. 188ff.

conditions.[55] Later on, he modifies this theory for moral or legal conditions.[56] According to Leibniz, a condition is a structure consisting of two parts (*propositiones partialibus*): the "if" part (*conditio*) and the "then" part (*conditionatum*).[57] His favourite example is the stipulation: "if the ship comes from Asia, you have to pay 100."

At the beginning, Leibniz distinguishes logical conditions and moral conditions by making use of the concepts of *illatio* (implication)[58] and *suspensio* (suspension).[59]

Leibniz starts to explain the logical condition. The first theorem of the *Doctrina conditionum* is "Conditio infert conditionatum" – the truth of the condition implies the truth of the conditionatum.

This is the well-known *modus ponens* of propositional logic:

$a \rightarrow b$

a

———

b

The second theorem is about the *suspensio*: "Conditionatum suspendit conditionem" – The conditionatum suspends the condition.

This is the *modus tollens*:

$a \rightarrow b$

$\neg b$

———

$\neg a$

Now things become more difficult. Leibniz explains how the *conditio moralis* or legal condition works:

> "Conditio moralis suspendit conditionatum" – "The legal condition suspends the conditionatum."

The problem is that this conclusion is not valid:

$a \rightarrow b$

$\neg a$

———

$\neg b$

To find an adequate solution within the field of classical propositional logic, I suggested making use of the bi-conditional:[60]

55 Theorems 1 – 4, A VI 1, pp. 372ff.

56 Theorems 5ff, A VI 1, pp. 374ff.

57 Definitions 1ff, A VI 1, pp. 371ff.

58 Definition 6.

59 Definition 7.

60 Armgardt, DC, pp. 143ff.

$a \leftrightarrow b$
$\neg a$

———————

$\neg b$

This is true and can easily be proven.

The bi-conditional stands for "if and only if". It means that the condition is necessary and sufficient. This is a characteristic of conditional legal acts. You arrange a legal disposition with the condition that if the event happens, the contract is valid and if it does not happen, the contract is not valid. Lawyers need both options. This is a very fundamental problem in law, applicable to all legal actions, at least in civil law. In German legal theory it is called "Gegenschlussproblem".[61]

My book was a starting point for further research, especially at the school of logic of the University of Lille in France. Rahman and his team have tried several non-classical interpretations of Leibniz' *Doctrina conditionum*.

Thiercelin was the first to make another suggestion. He made use of the connexive implication that is of a non-classical logic.[62] The connexive logic makes use of four assumptions:

(1) $(A \rightarrow B) \rightarrow (\neg B \rightarrow \neg A)$ Contraposition
(2) $(A \rightarrow B) \rightarrow [(B \rightarrow C) \rightarrow (A \rightarrow C)]$ Transitivity
(3) $(A \rightarrow B) \rightarrow \neg(A \rightarrow \neg B)$ Boethius
(4) $(A \rightarrow B) \rightarrow \neg(\neg A \rightarrow B)$ Aristotle

The advantage of the connexive approach is that conditio and conditionatum are not convertible within this logic. This is very interesting. However, this is not what Leibniz wanted to say, because he explicitly writes in Theorem 7 that *conditio* and *conditionatum* are convertible in law: "Si conditio infert et suspendit conditionatum, etiam vicissim conditionatum ipsam suspendet et inferet."

Within the connexive logic, the following conclusion is not allowed:

$(A \rightarrow B) \rightarrow (\neg A \rightarrow \neg B)$

For convertibility, we need the bi-conditional:

$(A \leftrightarrow B) \rightarrow (\neg A \rightarrow \neg B)$

Another problem concerning Thiercelin's approach is that if the event mentioned in the condition does not happen, we cannot conclude that the conditionatum is invalid. Yet this is exactly what is needed for an adequate legal theory. If the connexive implication is applied, it is only impossible for the conditionatum to become true if the event does not happen; but this is not enough for a theory containing a dismissal.

We need this aspect of the bi-conditional especially if we want to generalise the Leibnizian theory of conditions. I suggested a generalisation for the systems of civil law

61 Armgardt, DC, pp. 228ff.

62 Alexandre Thiercelin, Epistemic and Practial Aspects of Conditionals in Leibniz' Legal Theory of Conditions, in: Dov A. Gabbay et al. (Ed.), *Approaches to Legal Rationality*, Springer 2010, p. 203 (208).

in my book about the *Doctrina conditionum*.[63] According to this interpretation, legal conditions are nothing but a special case of a legal requirement for actions in this system.

Magnier, another pupil of Rahman, tried to make use of the public announcement operator in his PhD thesis.[64] However, his approach is defective in the same way as that of Thiercelin: if the condition is not fulfilled, we cannot conclude that the conditionatum is invalid.

Recently, Rahman himself developed some new ideas. He admitted that the theories of Thiercelin and Magnier are not adequate interpretations of Leibniz, because they do not contain his theorem of convertibility. Ultimately, he admitted that my bi-conditional-approach works, but as a non-classical logician, he wanted to develop a non-classical approach, so he made use of a conjunction of two implications without constructing a bi-conditional in the proper sense, because he made use of the concept of instances.[65] Further research will be done.[66]

In order to understand the *Doctrina conditionum*, we need more than propositional logic. Propositional logic is simple, because only two truth-values are used: true and false, 1 and 0. However, this is not enough, especially in legal contexts. Modal logic makes use of four logical notions: necessary, contingent, possible and impossible. We need these modalities, because there are necessary conditions, impossible conditions and contingent (or possible) conditions.

It is very interesting that Leibniz interpreted the four modalities by means of a probability calculus. We have to keep in mind that in 1669 he probably knew nothing of the works of Blaise Pascal or Pierre Fermat on probability. Nevertheless, in the *Doctrina conditionum*, he develops the idea of representing the modalities necessarium by 1, impossibile by 0 and contingent/possibile by a fraction between 1 and 0.[67] This idea was further developed by the logician Oskar Becker[68] although only in 1930, about three hundred years later. Unfortunately, Leibniz did not have a probability-calculus when he wrote the *Doctrina conditionum*. He only presents some inequations.[69]

Another problem is to show what happens if the condition becomes true.

Leibniz writes:

Th. 65: “Conditio incerta efficit jus conditionale.” (An uncertain condition effects a conditional right).

This is the ex-ante perspective.

63 Armgardt, DC, pp. 221ff.

64 Sébastien Magnier, *Approche dialogique de la dynamique épistémique et de la condition juridique*, London: College Publications, 2013.

65 Shahid Rahman, The Epistemic Role of Dependent-Evidence and the Notion of Conditional Right in Matthias Armgardt/Patrice Canivez et al. (eds.), *Legal Reasoning and Logic – Past and Present Interactions*, Springer (in print).

66 Shahid Rahman and I lead an interdisciplinary international German-French DFG/ANR-research project “Jurisprudence and Logic” (Lille/Konstanz).

67 *Doctrina conditionum*, Def. 76, A VI 1, p. 420. Armgardt, DC, pp. 188ff.

68 Armgardt, DC, pp. 192ff (n. 649).

69 Armgardt, DC, pp. 209ff.

Th. 70: “Si conditio existit, disposition purificatur.” (If the condition occurs, the legal act becomes valid).

Th. 71: “Si conditio defecit, disposition vitiatur.” (If the condition does not occur, the legal act becomes invalid).

To show through logic how the transition from uncertainty to certainty works, we need a logic with a temporal parameter. In my book, I made a first attempt to make use of a temporal logic.[70] At present, Rahman is developing a special temporal logic for his non-classical approach that might be more powerful.

To summarize, we can see that in the *Doctrina conditionum* the young Leibniz was already trying to develop a legal logic far beyond the logic of his time. Probably the young genius hoped to come to the notice of legal scholars by means of this work; otherwise, he would not have prepared a completely new second edition of the text. The reaction was, however, disappointingly weak.

The whole of the *Dissertatio de casibus perplexis* has recently been translated into English[71] and French.[72] In addition, translations of the *Nova methodus* into Italian[73] and of *De legum interpretatione* into English are now available.[74] There is accordingly the hope of a deeper understanding of these fundamental texts in the near future. A complete reconstruction of Leibniz’ legal theory cannot be attempted before these texts have been carefully analysed. In addition to these works, other parts of his legal theory, that have not been published in a single text, have to be analysed, for example his theory of presumptions and conjectures.[75] Thus, about three hundred years after the death of Leibniz we are not at the end, but at the beginning. There is still much research to be done before we can understand the legal thinking of this genius.

Abstract

Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) studied Roman law and philosophy in Leipzig from 1661, and became a doctor iuris in Altdorf in 1666. Between 1665 and 1672, as a very young man, he wrote juridical texts of the highest quality. These texts comprise a unique combination of highly technical Roman law, formal logic and moral philosophy. His logical theory of legal conditions has been the focus of major research by both legal historians and philosophers during the last decade. In the second part of this paper, the different logical approaches to his theory of conditions will be discussed.

70 Armgardt, DC, pp. 203ff.

71 By Artosi, Pieri and Sartor (see n. 7 above).

72 By Boucher (see n. 5 above).

73 By Massimo de Iuliis (see n. 22 above).

74 By Dascal (see n. 6 above).

75 Matthias Armgardt, Presumptions and Conjectures in the Legal Theory of Leibniz, in: Matthias Armgardt/Patrice Canivez et al. (Ed.), *Legal Reasoning and Logic – Past and Present Interactions*, Springer (in print).

FUNKTIONEN DER ETYMOLOGIE IN DER JURISTISCHEN LITERATUR

Ulrike Babusiaux* **

1. Einleitung

Etymologische Ableitungen und Argumente sind in allen Literaturgattungen der Antike anzutreffen[1]. Gerade in antiken Fachtexten kommt ihnen eine besondere Bedeutung zu[2]. Schon die antike Sprachwissenschaft hebt dabei hervor, dass die Etymologie ganz unterschiedliche Zwecksetzungen verfolgen könne. So differenziert das für Rom grundlegende Werk des Varro vier Grade der Etymologie: Während die Etymologie des ersten Grades als evident sichtbare auch dem Volk offenstehe, also keine erkenntnistheoretische Bedeutung aufweist, diene die Etymologie des zweiten Grades dem Grammatiker zur Ermittlung der richtigen Ableitungen poetischer Sprachschöpfung. Die Etymologie des dritten Grades verfolge den Zweck, dem Philosophen Einsicht in das Wesen des Bezeichneten zu vermitteln, während die Etymologie des vierten Grades darauf abziele, die Intention und Einsicht des historischen Wortschöpfers zu

1 Beispiele aus der Geschichtsschreibung bei A. Baudou, Les noces de philologie et de propagande: l'étymologie dans le corpus annalistique romain, Revue belge de philologie et d'histoire 83 (2005) 131-148. Zur Poesie vgl. F. Grewing, Etymologien und etymologische Wortspiele in den Epigrammen Martials, in ders. (Hrsg.), Toto notus in orbem 1998, 315-355.

2 Th. Fögen, Wissen, Kommunikation und Selbstdarstellung, 2009, 65f. und passim zur Prägung der Fachlexik. Zum allgemeinen Ringen um sprachliche Standards vgl. R. Müller, Sprachbewußtsein und Sprachvariation im lateinischen Schrifttum der Antike, 2001, bes. 249-258, 287-311. Zum Einfluss Varros auf die Fachliteratur vgl. bereits M. Fuhrmann, Geschichte der römischen Literatur, 1999, 184f.

* Professor, Lehrstuhl für Römisches Recht, Privatrecht und Rechtsvergleichung, Rechtswissenschaftliches Institut, Universität Zürich.

** Wesentliche Anregungen erhielt die Verf. durch ein an der Universität Zürich im Herbstsemester 2011 gemeinsam mit Laurens Winkel abgehaltenes Seminar zum Thema: „Fachsprache im Recht – griechische Synonyme in römischen Rechtstexten" sowie die daran anschliessende Diskussion mit dem Geehrten. Die folgenden Ausführungen seien ihm daher in Dankbarkeit und Freundschaft gewidmet.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 39-60

rekonstruieren[3]. Der dritte und vierte Grad sind damit im eigentlichen Sinne ätiologische Etymologien[4], wenngleich mit unterschiedlicher Zwecksetzung: Mittels der Etymologie des dritten Grades soll die Bezeichnung Aufschluss über die – nicht zwingend historisch fundierte – Natur der bezeichneten Sache geben, während die Etymologie des vierten Grades versucht, die eigentliche, im historischen Sinne ursprüngliche Bezeichnung bzw. ihre Bedeutung zur ermitteln.

Erst recht keine einheitliche Funktion hat die Verwendung der Etymologie in der Rhetorik. So erkennt ihr etwa Quintilian drei verschiedene Funktionen zu: Sie diene vorrangig dazu, im dialektischen Gespräch oder in der Rede zu den Beweisen aus der Definition einer strittigen Sache beizutragen, sodann (seltener) der Ermittlung der sprachlich-korrekten Form und letztlich der Rekonstruktion von Sachwissen, vorzugsweise antiquarischen Wissens aus der römischen Frühzeit[5]. Obgleich diese Zwecksetzungen das varronische Vorbild des zweiten bis vierten Grades noch deutlich erkennen lassen, offenbaren Quintilians Darlegungen, dass die Etymologie dem rednerischen Zweck untergeordnet wird, das heisst allein dem Sachargument dient[6].

Angesichts der Sprachgebundenheit der Rechtswissenschaft bedeutet es keine Überraschung, dass auch die Schriften der römischen Juristen eine grosse Zahl an Etymologien aufweisen. Diese Etymologien sind bisher zwar gesammelt[7] und im allgemeinen Kontext der antiken Sprachwissenschaft eingeordnet worden[8]. Die Verwendung im Einzelnen sowie die Funktion dieser juristischen Etymologien und ihr Verhältnis zum rechtlichen Argument bedürfen aber der weiteren Klärung[9], zu der hier ein erster Schritt unternommen werden soll.

3 Varro, LL V, 7-9, dazu R. Schröter, Studien zur varronischen Etymologie I, 1960; ders., Die varronische Etymologie, in: Entretiens sur l'Antiquité Classique IX (1962) 79-100; F. Cavazzo, Studio su Varrone etimologo e grammatico, 1981, bes. 72-87; R. Coleman, Varro as an etymologist, in: G. Calboli, Papers on Grammar VI, 2001, 61-96; Zum umstrittenen vierten Grad vgl. Schröter, Die varronische Etymologie (l.c.) 95f. ihm zustimmend A. Michel, Le philosophe, le roi et le poète dans le „de lingua latina", RPh 39 (1965) 69-79; weiterführend W. Pfaffel, Quartus gradus etymologiae, 1981, 240f.

4 Zum Verhältnis vgl. I. Opelt, s.v. Etymologie, in: Reallexicon für Antike und Christentum VI, 1966, 797. A. Bendlin / J. Rüpke, „Aitiologie [II. Römische Literatur]", in: DNP 12,2, 2002, 885-887. Zur stoischen Etymologie vgl. K. Barwick, Probleme der stoischen Sprachlehre und Rhetorik, 1957, bes. 58-69 und passim; J. Allen, The Stoics on the Origin of Language and the Foundations of Etymoloy, in: D. Frede / B. Inwood (Hrsg.), Language and Learning, 2005, 14-35; auch C. de Jonge, Between Grammar and Rhetoric, 2008, bes. 65-70.

5 Quint. 1,6,29-31, dazu grundlegend W. Ax, Quintilians Grammatik (Inst. Orat. 1,4-8), 2011, 273-282 mwN.

6 Zur „etymological intention" vgl. H. Peiraki-Kyriakidou, Aspects of Ancient Etymologizing, Class. Quart. 52 (2002), 478-493, 489-492.

7 Sie sind gesammelt bei L. Ceci, Le etimologie die giureconsulti romani, 1966; B. Schlerath, Bemerkungen zu den Etymologien der römischen Juristen, Münchener Studien zur Sprachwissenschaft 1956, 58-73, bes. 70-72.

8 Vgl. (noch immer unverzichtbar) L. Lersch, Die Sprachphilosophie der Alten, Teil 3, 1840, bes. 184-192. Eine gewisse Revision zugunsten der antiken Etymologie bei Cl.-P. Herbermann, Moderne und antike Etymologie, Zeitschrift für vergleichende Sprachwissenschaft 95 (1981) 22-48; ders., Antike Etymologie, in: P. Schmitter (Hrsg.), Sprachtheorien der abendländischen Antike, 1996, 353-376.

9 Zu knapp die Behauptung juristischer Zwecksetzung bei B. Biondi, Valore delle etimologie dei giuristi romani, in: Synteleia Arangio-Ruiz, 1964, 749-742; ohne Bezug auf die konkreten Etymologien auch die Überlegungen zur juristischen Funktion dieser Argumentation bei Ceci (o. Anm. 7) bes. 50-62; als blosses Gelegenheits-produkt sieht die Etymologien B. Schmidlin, Die römischen Rechtsregeln, 1970, 196f.

Zu diesem Zweck soll von den Etymologien ausgegangen werden, deren Funktion sich eindeutig aus der Werkgattung, in der sie verwendet sind, ableiten lässt. Dies gilt vor allem für die historisch-antiquarischen Etymologien in Gaius' Zwölftafelkommentar und Pomponius' *liber singularis enchiridii* (I). Sodann sind die Etymologien in den Lehrwerken, das heisst vor allem in Gaius' *Institutiones*, aber auch in Paulus' monographischen Werken zu würdigen (II), bevor in einem letzten Teil versucht werden soll, die etymologischen Bezugnahmen in Ulpians und Paulus' Ediktskommentaren einer Deutung zuzuführen (III).

2. Etymologie als historisches Argument

Die historisch-antiquarische Funktion der Etymologie ist vor allem in rechtshistorischen Werken zu erwarten. Schon Labeos etymologische Studien könnten diesen Zweck verfolgt haben[10]. Der Zustand der Überlieferung erlaubt aber nur wenig sichere Zuweisungen labeonischer Etymologien an einzelne seiner Werke[11]. Daher sind hier nur Etymologien in zwei erklärtermassen historischen Zwecken dienenden Werken[12], das heisst im gaianischen Zwölftafelkommentar sowie im *enchiridion* des Pomponius, in den Blick zu nehmen.

2.1 Gaius' Zwölftafelkommentar

Das berühmte Einleitungsfragment zu Gaius' Zwölftafelkommentar D. 1.2.1 (Gai. 1 *ad leg. duod. tab.*)[13] offenbart und legitimiert die Kommentierung der Zwölftafeln durch einen sechshundert Jahre später tätigen hochklassischen Juristen. Soweit hier von Interesse zieht Gaius in dieser Rechtfertigung zunächst verschiedene Topoi zum *prooemium* heran[14], indem er einerseits die Bedeutung des *exordium* für die Rede, andererseits die das Opfer vorbereitenden Handlungen, insbesondere die rituelle

10 Zu den Etymologien des Labeo vgl. A. Pernice, Labeo, 1873, 22-31; Zur Bedeutung der Etymologie im Werk des Gellius vgl. F. Cavazza, Gellius the Etymologist, in: L. Holford-Stevens/A. Vardi (Hrsg.), The World of Aulus Gellius, 2005, 65-104.

11 Die meisten Etymologien des Labeo sind nur indirekt über die spätklassischen Ediktskommentare überliefert, vgl. Überblick bei Ceci (o. Anm. 7) 97-105. Zu Labeos XII-Tafel-Kommentar vgl. zuletzt O. Diliberto, Materiali per la palingenesia delle XII tavole, 1992, 29-47 mwN.

12 Zur Frage vgl. v.a. C.A. Maschi, Il diritto romano I: La prospettiva storica della giurisprudenza classica, ²1966, bes. 85-116. Die angebliche Identität der beiden Juristen (so D. Pugsley, Gaius or Sextus Pomponius, RIDA 61 [1994] 353-367) bestätigt sich im hier untersuchten Material nicht.

13 Zu D. 1.2.1 (Gai. 1 ad leg. duod. tab.) vgl. T. Honoré, Gaius, 1962, 106-109; F. Casavola, Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d. C.: il senso del passato, in: ANRW II.15, 1976, 131-176, 174; S. Morgese, Appunti su Gaio ad legem duodecim tabularum, in: Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti S. Romano, 1981, 109-127, 117-127. Ein guter Überblick bei Diliberto (o. Anm. 11) 52-59 mwN.

14 Zu diesen *topoi* des *prooemium* im Text, vgl. G. Ries, Prolog und Epilog in Gesetzen des Altertums, 1983, 212-223; L. Lantella, Potissima pars est principium, in: Studi Sanfilippo IV, 1983, 283-338 mwN; abweichend S. Schipani, Principia iuris. Potissima pars principium est. Principi generali del diritto, in Ricerche Gallo III, 1997, 631-665, bes. 649-658.

Handwaschung[15], als Grund seines Vorhabens erwähnt. Als sachlichen Zweck der Rückkehr zu den Ursprüngen Roms nennt er sein Bedürfnis nach Vollständigkeit, das heisst die Aufnahme aller Teile eines Ganzen in die Darstellung, wobei er die Einleitung als den wichtigsten Teil bezeichnet. Zu beachten ist freilich, dass die Einleitung nicht allgemein den Zweck des Zwölftafelkommentars erläutert, sondern die Notwendigkeit, zu den Ursprüngen der Stadt zurückzukehren, um die Auslegung der alten Gesetze zu erläutern. Angesichts der fehlenden Teile des Kommentars muss mithin offen bleiben, ob hiermit die Zwölftafeln selbst als *leges vetustates* gemeint sind oder alle Gesetze und *interpretationes*, die Gaius als im Zusammenhang mit den Zwölftafeln stehend und damit als alt ansieht[16]. Sicher ist aufgrund dieser Einleitung lediglich, dass Gaius sein Vorhaben als historische Grundlegung für das zu seiner Zeit geltende Recht ansieht. Entsprechend dienen die in diesem Werk häufig belegten Etymologien einerseits dazu, bestehende Rechtseinrichtungen auf den Text der Zwölftafeln zurückzuführen[17], andererseits zur Klärung von Rechtsworten aus dem Zwölftafelgesetz, die in der Rechtssprache der klassischen Zeit nicht mehr ohne weiteres verständlich sind oder abweichend gebraucht werden.

Das einfachste Beispiel einer rückführenden Etymologie bildet die Kommentierung der Gesetzesworte *si calvitur*[18]:

> D. 50.16.233pr., Gai. 1 ad leg. duod. tab: "Si calvitur": et moretur et frustretur. inde et calumniatores appellati sunt, quia per fraudem et frustrationem alios vexarent litibus: inde et cavillatio dicta est.

Danach ist die Bedingung *si calvitur* sprachlicher Vorläufer der Worte *calumniatores* (missbräuchliche Ankläger) und *cavillatio* (Spitzfindigkeit, Sophisterei). Diese Ableitung beruht auf der Annahme einer Lautveränderung: *calv-* bzw. *calu* wird verändert zu *cavil*. Legitimation dieser Annahme ist der sachliche Zusammenhang, nämlich der Kernpunkt der Tätigkeit von *calumniatores* bzw. das Wesen der *cavillatio* (Synekdoche)[19]. Durch die Etymologie führt Gaius mithin den in vielen Bereichen wichtigen Rechtsbegriff der *calumnia* bis auf die Zwölftafeln zurück[20].

15 Vgl. Plaut. Poen. 316, dazu A. Otto, Die Sprichwörter und sprichwörtlichen Redensarten der Römer, 1890, 211f. Zum Opfer vgl. J. Scheid, Sacrifices for Gods and Ancestors, in: J. Rüpke (Hrsg.), A Companion to Roman Religion, 2007.

16 Vgl. G.G. Archi, Interpretatio iuris – interpretatio legis – interpretatio legum, SZ 87 (1970) 1-49, 12-17 (auch im Vergleich zu Pomponius); zuletzt R. Quadrato, Gaio e la legum interpretatio, in: Studi Labruna VII, 2007, 4557-4604.

17 Zur Bedeutung der Zwölftafeln im klassischen Recht, vgl. G. Santucci, Spuren des Zwölftafelgesetzes im Ediktskommentar Ulpians, in: M. Avenarius (Hrsg.), Hermeneutik der Quellentexte des römischen Rechts, 2008, 30-43; allgemein (wenngleich unbefriedigend) A. Flach, Fortgeltung des Zwölftafelrechts, 2003.

18 Dies dürfte sich auf den nicht stellenden Beklagten beziehen, vgl. bereits M. Lauria, Ius romanum I.1, 1968, 34 mwN; Zur Rekonstruktion vgl. A.D.E. Lewis / M. Crawford, Twelve Tables, in: M. Crawford (Hrsg.), Roman Statutes, II, 1996, 555-721, 578 (tab. I, 2), 586-588.

19 Zur Tropenlehre vgl. Barwick (o. Anm. 4) 91.

20 Zum Element des *falsum* vgl. M. Giomaro, Per lo studio della calumnia, 2003, 159f. (zur Stelle) mwN.

Ein Beispiel für eine Etymologie zur Klärung nicht mehr gebräuchlicher Worte bildet[21]:

> D. 50.16.234pr., Gai. 2 ad leg. duod. tab: Quos nos hostes appellamus, eos veteres „perduelles" appellabant, per eam adiectionem indicantes cum quibus bellum esset.

Den gängigen Rekonstruktionen zufolge findet sich der Begriff *hostes* in Tab. II, 2[22], wobei Gaius offenbar von einer Bedeutungsverschiebung ausgeht, die er durch die etymologische Deutung des Wortes *perduelles* (Feinde) mittels *cum quo bellum est*[23] erläutert. Durch diesen Vergleich von hostes und *perduelles* wird einsichtig, warum *hostes* in den Zwölftafeln weitergehend auf jeden Fremden zu beziehen ist.

Eine interessante Doppelfunktion weisen die Etymologien auf, die ein Rechtswort aus den Zwölftafeln mit Blick auf die zeitgenössische Bedeutung zu klären versuchen. Dies zeigt zunächst der einfache Fall des *pignus*[24]:

> D. 50.16.238.2, Gai. 6 ad leg. duod. tab.: „Pignus" appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur. unde etiam videri potest verum esse, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis constitui.

Nach Gaius soll sich das in den Zwölftafeln belegte Wort *pignus* (Pfand) von *pugnus* (Faust) ableiten (Paronymie), weil die Pfandsache mit der Hand übergeben werde. Die durch die Lautverschiebung ermittelte Verwandtschaft für Faust dient mithin als Synonym für das den Inhalt kennzeichnende Wort „Hand". Gleichzeitig ergeben sich auch für Gaius' Gegenwart beachtliche rechtliche Folgerungen aus der Etymologie, indem Gaius darauf hinweist, dass nach Meinung der *quidam* nur bewegliche Sachen, das heisst Sachen, die mit der Hand übergeben werden, als Gegenstand des Pfandes taugen. Da im klassischen Recht auch das besitzlose Pfand, die *hypotheca*, anerkannt ist, führt mithin auch diese Etymologie den Gaius auf eine frühere Entwicklungsstufe des Rechts zurück[25].

Die hier beobachtete Funktion der etymologischen Ableitung, einen Begriff des Zwölftafelgesetzes für das klassische Recht zu aktualisieren[26] erklärt auch die ausführlichste Etymologie in Gaius' Werk:

21 In ähnlicher Weise führt Gaius den Begriff *detestatum* auf seine (scheinbaren) Bestandteile *denuntiatum* (angezeigt) und *testa-tione* (Zeugenaussage) zurück, woraus sich auch die Bedeutung „mit Anrufung von Zeugen ankündigen" ergibt, vgl. D. 50.16.238.1, Gai. 6 ad leg. duod. tab., dazu Lauria (o. Anm. 18) 45f.

22 Kontext ist *de die diffindendo* (Pal. 428), vgl. bereits Lauria (o. Anm. 18) 37. Allgemein vgl. Lewis / Crawford (o. Anm. 18) 578, 622-624, dort auch zur Frage, warum der *status dies cum hoste* anders behandelt wird als der Verhandlungstag mit einem römischem Bürger.

23 Vgl. Varro, LL V, 3 a. E. (…) *et multa verba aliud nunc ostendunt, aliud ante significabant, ut hostis nam tum eo verbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem.*

24 Vgl. Lauria (o. Anm. 18) 47; zur Rekonstruktion vgl. Lewis / Crawford (o. Anm. 18) 582, 715f. In der Sache vgl. G. Krämer, Das besitzlose Pfand, 2007, 23f., 33-37.

25 Einzelheiten zur Entwicklung bei Krämer (o. Anm. 24) bes. 209-299, 353-359.

26 Gleichsinnig Diliberto (o. Anm. 11) 63.

D. 50.16.233.2, Gai. 1 ad leg. duod. tab.[27]: „Telum" volgo quidem id appellatur, quod ab arcu mittitur: sed non minus omne significatur, quod mittitur manu: ita sequitur, ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur: dictumque ab eo, quod in longinquum mittitur, Graeca voce figuratum ἀπὸ τοῦ τηλοῦ. et hanc significationem invenire possumus et in Graeco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. admonet nos Xenophon, nam ita scribit: καὶ τὰ βέλη ὁμόσε ἐφέρετο, λόγχαι τοξεύματα σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. et id, quod ab arcu mittitur, apud Graecos quidem proprio nomine τόξευμα vocatur, apud nos autem communi nomine telum appellatur.

Ausgangspunkt der Kommentierung ist der auf den Diebstahl bezogene Satz*: si se telo defendit*[28], wobei sich Gaius gegen die übliche (*volgo*) Bedeutung von *telum:* „was mit dem Bogen geschossen werde" wendet. Die anschliessende Etymologie dient Gaius mithin dazu, eine abweichende Deutung des Wortes zu etablieren, wobei er sich auf die lautliche Nähe des poetischen griechischen Ausdrucks ἀπὸ τοῦ τηλοῦ (Ferne) zu *telu-m* stützt (Antonomasie[29]). Mithilfe dieser lautlichen Rückführung auf ein griechisches Vorbild gelangt Gaius zur griechischen Parallele βέλος, das jedes geworfene Geschoss bezeichne, mithin die Bedeutung aufweist, die Gaius auch für *telum* favorisiert[30]. Diese Deutung des Wortes βέλος wird ihrerseits durch eine Etymologie, nämlich unter Rückführung auf das Verb βάλλεσθαι, erläutert. Dass das Wort βάλλεσθαι die favorisierte breite Bedeutung hat, belegt Gaius weiter durch Verweis auf ein Xenophon-Zitat, in dem ganz verschiedene Gegenstände als Waffen geschleudert werden[31]. Abgeschlossen wird diese kunstvolle Herleitung des Gehaltes von *telum* bzw. βέλος dadurch, dass Gaius das griechische Wort τόξευμα als Beleg für das, „was mit dem Bogen geschossen wird", einführt. Auf diese Weise beweist der Jurist, dass das lateinische *telum* zwei Worten im Griechischen entspricht: Die gängige (*volgo*) Deutung weist auf das lautlich nicht verwandte τόξευμα, die von ihm favorisierte Entsprechung dagegen auf das lautlich nahe βέλος, das heisst den weiteren Begriff.

Die etymologisch-historische Ableitung dient Gaius somit zur lexikalischen Fixierung eines über den Zwölftafeltext hinaus wirkenden Rechtswortes. Besonderes Gewicht bei dieser Deutung dürfte die Bezugnahme auf Xenophon haben, da zum einen der beschriebene Zug der Zehntausend in zeitlicher Nähe zum (legendären) Erlass der

27 A. Völkl, Die Verfolgung der Körperverletzung im frühen römischen Recht, 1984, 83-96 mwN. Zum Fortleben in den Institutiones Justinians 4, 18, 5 vgl. Quadrato (o. Anm. 16) 4558-4570.

28 Diliberto (o. Anm. 11) 357-360 mwN; ders., Una palingenesia „aperta", in: M. Humbert (Hrsg.), Le dodici tavole. Dai Decemviri agli Umanisti, 2005, 217-238, 225; anders wohl Völkl (o. Anm. 27) 83, 87f., der die Frage im Zusammenhang mit dem Satz „*si telum manu fugit magis quam iecit*" setzt. Vgl. zur Rekonstruktion auch Lewis / Crawford (o. Anm. 18) 578, 609-612 zu tab. I, 18.

29 Ziel des Geschosses = die Ferne.

30 Vgl. auch D. 47.2.55.2, Gai. 13 ad ed. prov.

31 Xenophon, Anabasis 5.2 (Übersetzung aus: M. Oberbreyer, Xenophon's Anabasis oder Der Zug der Zehntausend, 1892): „und mit einander flogen [Geschosse aller Arten (τὰ βέλη):] Pfeile (τοξεύματα), Wurfspieße und Steine, theils mit den Schleudern, größtentheils auch mit bloßen Händen geworfen", dazu O. Lendle, Kommentar zu Xenophons Anabasis (Bücher 1-7), 1995, 300f. Zur Bedeutung für die Militärgeschichte vgl. J.W.I. Lee, A Greek Army on the March, 2007, bes. 13f. passim.

Zwölftafeln liegt[32]. Zum andern fügt sich die Rückführung auf ein griechisches Vorbild nicht nur zur antiken Ableitung des Lateinischen aus dem äolischen Griechisch[33], sondern ebenfalls zu der auch bei römischen Historikern vertretenen Annahme, die Zwölftafeln seien durch die Gesetze des Solon beeinflusst[34].

2.2 Pomponius' *enchiridion*

Auch die Etymologien im *liber singularis enchiridii* des Pomponius, das heisst im Rahmen eines historischen Abrisses über die Geschichte der römischen Jurisprudenz[35], verfolgen einen historisch-antiquarischen Zweck[36], der – wie bei Gaius' Zwölftafelkommentar – der Legitimierungsfunktion für die Gegenwart nicht entgegensteht[37].

Euphemistisch-rechtfertigende Funktion hat:

> D. 50.16.239.1, Pomp. l. sing. ench.[38]: „servorum" appellatio ex eo fluxit, quod imperatores nostri captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent.

Pomponius leitet den Begriff *servi* (Sklaven) nicht von *servire* (dienen) ab, sondern führt ihn auf *servare* (erhalten) zurück, womit sich die Erläuterung aufdrängt, derzufolge die Sklaverei als milderes Mittel gegenüber der Tötung von Gefangenen anzusehen sei, da diese am Leben erhalten (*servare*) blieben[39]. Die Etymologie ist Rechtfertigung und historische Schilderung zugleich, da sie den Blick auf den von Pomponius favorisierten historischen Ursprung der auch zu seiner Zeit gültigen Institution der Sklaverei lenkt[40].

32 Das in der Anabasis geschilderte Geschehen lässt sich auf das 4. Jahrh. v. Chr. datieren, vgl. Einzelheiten bei M. Reichel, Antike Autobiographien, 2005, 54 mwN.

33 Zu dieser verbreiteten Meinung vgl. Ax, Quintilians Grammatik (o. Anm. 5) 208. Als Beispiel vgl. Quint. 1,4,8; 1,4,16; 1,5,58; und 1,6,31. Weiteres bei T. Fögen, Patrii sermonis egestas, 2000, 49-51 und 184-188; ferner Jonge (o. Anm. 4) 60-65 mwN.

34 Vgl. J. Delz, Der griechische Einfluß auf die Zwölftafelgesetzgebung, Museum Helvet. 23 (1966) 69-83; F. Wieacker, Solon und die XII Tafeln, in: Studi Volterra III, 1971, 757-784; R. Martini, XII tavole e diritto greco, Labeo 45 (1999) 20-37; P. Siewert, Die angebliche Übernahme solonischer Gesetze in die Zwölftafeln, Chiron 8 (1978) 331-344.

35 Grundlegend M. Bretone, Motivi ideologici dell'<enchiridion> di Pomponio, Labeo 11 (1965) 7-35 = ders., Tecniche e ideologie dei giuristi romani, ²1982, 209-286. Zu archaisierenden Tendenzen im 2. Jhdt. n. Chr. und den Einfluss auf Pomponius vgl. A. Sicari, Pomponio e Celio Antipatro, in: Studi Sanfilippo II, 1982, 548-577, bes. 570-574. Zur Ätiologie bei Pomponius und Varro vgl. D. Nörr, Pomponius oder „Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen", jetzt in: T.J. Chiusi / W. Kaiser / H.-D. Spengler (Hrsg.), HIA II, 2003, 989f., 994f., 1006-1010.

36 Dies begründet die Ähnlichkeiten zu Varro, vgl. F.D. Sanio, Varroniana in den Schriften der römischen Juristen vornemlich an dem Enchiridion des Pomponius nachzuweisen versucht, 1867; vorsichtiger A. Cenderelli, Varroniana, 1973, bes. 10-14; skeptisch Nörr, Pomponius (o. Anm. 35) bes. 1006-1021.

37 Zu der Betonung des *origo* und der *continuatio iuris* vgl. Bretone, Tecniche (o. Anm. 35) 224-232.

38 R. Lambertini, L'etimologia di „servus" secondo i giuristi romani, in: Sodalitas V, 1984, 2385-2394; C.M.A. Rinolfi, Servi e religio, in: Diritto@storia 9 (2010) 1-30.

39 Vgl. auch D. 1.5.4.2, Flor. 9 inst.

40 Vergleichbare Etymologien in D. 1.2.2.20, Pomp. l. sing. ench., dazu Sanio (o. Anm. 36), 73-75; D. 1.2.2.2, Pomp. l. sing. enchir., dazu Ceci (o. Anm. 7), 118, Sanio (o. Anm. 36) 49f. mwN; D. 1.2.2.21, Pomp. l. sing. enchir., dazu Ceci (o. Anm. 7), 116f., Sanio (o. Anm. 36) 75f. Keine Etymologie in D. 1.2.2.22/23, Pomp. l. sing. enchir. und D. 50.16.239.2, Pomp. l. sing. enchir., anders Ceci (o. Anm. 7), 119f.

Stärker in die historische Erzählung eingebettet sind die etymologischen Begriffsdeutungen in[41]:

> D. 1.2.2.16, Pomp. l. sing. ench.[42]: Exactis deinde regibus consules constituti sunt duo: penes quos summum ius uti esset, lege rogatum est: dicti sunt ab eo, quod plurimum rei publicae consulerent.

So berichtet Pomponius, nach der Vertreibung der Könige seien zwei Konsuln bestellt worden, die die höchste Staatsgewalt innehaben sollten. Konsuln (*consules*) seien sie deshalb genannt worden, weil sie vor allem für das Wohl des Gemeinwesens sorgten (*consulere*). Die Ableitung des Wortes dient Pomponius mithin als Argument im Rahmen der historischen Erzählung[43]. Darüber hinaus weist es den Konsuln eine schmeichelhafte Rolle zu, welche die Fehler der Königsherrschaft überwindet[44].

Vergleichbar ist:

> D. 50.16.239.5, Pomp. l. sing. ench.: „Decuriones" quidam dictos aiunt ex eo, quod initio, cum coloniae deducerentur, decima pars eorum qui ducerentur consilii publici gratia conscribi solita sit.

Manche (*quidam*) hätten die Bezeichnung Dekurionen (*decuriones*) darauf zurückgeführt[45], dass bei älteren Koloniegründungen, der Zehntteil (*decima pars*), das heisst der Vormann einer Zehnerschaft, von denjenigen, die überführt worden seien (*ducerentur*) in den Rat entsandt worden sei. Die Etymologie erlaubt hier einen Rückschluss auf das historische Geschehen, insbesondere eine genauere Beschreibung der Umstände der Koloniegründung, der noch Mommsen gefolgt ist[46].

Eine allgemeiner gehaltene historische Rückbesinnung enthalten die etymologischen Deutungen der Worte *urbs* und *oppidum*[47]:

> D. 50.16.239.6, Pomp. l. sing. ench.: „Urbs" ab urbo appellata est: urbare est aratro definire. et Varus ait urbum appellari curvaturam aratri, quod in urbe condenda adhiberi solet.

> D. 50.16.239.7, Pomp. l. sing. ench.: „Oppidum" ab ope dicitur, quod eius rei causa moenia sint constituta.

41 Vgl. auch D. 50.16.239.8, Pomp. l. sing. ench. und Varro, LL. V, 21, dazu Nörr, Pomponius (o. Anm. 35) 1007f.

42 Sanio (o. Anm. 36) 58f.

43 Anders Varro, LL V, 80, dazu Nörr, Pomponius (o. Anm. 35) 1008f.

44 Vgl. zuletzt J.H. Richardson, Ancient Political Thought and the Development of the Consulship, Latomus LXVII (2008) 627-633.

45 Vgl. Varro, LL V, 91. Zum Verhältnis beider vgl. Nörr, Pomponius (o. Anm. 35) 1007f.

46 Vgl. Th. Mommsen, Römisches Staatsrecht, III. 2, Leipzig 1888, 842 mit Fn. 3 zu D. 50.16.239.4, Pomp. l. sing. ench.; differenzierend J. Nicols, On the standard size of the ordo decurionum, SZ 115 (1988) 712-710, mit 713 zum Text.

47 Zu diesen Etymologien vgl. P. Catalano, Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia, in: Aufstieg und Niedergang der römischen Welt II.16.1, 1978, 440-553, 479-482; zuletzt F. Sini, Urbs: Concetto e implicazioni normative nella giurisprudenza, Diritto@Storia 10 (2011/2012) 1f.

Das Wort *urbs* sei von *urbum* (Krümmung des Pfluges) abgeleitet, denn *urbare* bedeute „mit dem Pflug begrenzen". Alfenus Varus habe als *urvum* den Pflug bezeichnet, welcher bei der Gründung der Stadt angewendet werde[48]. Das Wort *oppidum* führt Pomponius dagegen auf die Wurzel *ops* (Hilfe) zurück, weil zum Zweck von Schutz und Hilfe die Mauern der Stadt errichtet würden[49]. In diesen, nur im 50. Buch der Digesten überlieferten Etymologien[50], fehlt die bisher beobachtete historische Einrahmung, was auf den Eingriff der Kompilatoren weisen könnte, wobei freilich nicht auszuschliessen ist, dass schon Pomponiusʻ Werk in dem hier zitierten Teil nur eine Reihung von Etymologien ohne erläuternde historische Erzählung enthielt. Da auch in Varros *lingua latina* Etymologien nach Sachgebieten geordnet aneinandergereiht werden[51], wäre nämlich auch vorstellbar, dass es Pomponius an dieser Stelle um eine lexikalische Grundlegung ging, bei der die historische Schilderung hinter die Wortdeutung zurücktritt.

Vergleichbar und aufgrund der religiös-sakralen Konnotation bemerkenswert ist[52]:

> D. 50.16.27.1, Ulp. 17 ad ed.: „Stipendium" a stipe appellatum est, quod per stipes, id est modica aera, colligatur. idem hoc etiam „tributum" appellari Pomponius ait.

Nach Ulpian ist *stipendium* (Sold) von *stips* (Geldbeitrag) abgeleitet, was das bezeichne, das durch den *stipes* (Stock, Pfahl, Stange), das bedeute zu einem reichhaltigen Betrag, zusammengebunden werde. Wie Pomponius sage, werde es deshalb auch als „*tributum*" (Abgabe, Steuer, Geschenk) bezeichnet[53]. Nach der religionswissenschaftlichen Forschung zu der bei Varro gleichsinnig, aber ausführlicher überlieferten Etymologie[54] bezeichnet *stips, -is* das sakrale Geldopfer, das meist in einen Opferstock (*stipes,-itis*) eingesteckt wird. Indem Pomponius auf den sakralen Ursprung der Opfersteuer weist[55], rechtfertigt er die staatliche Steuereintreibungen (*intributio*), da diese als Nachfolger der sakralen Opfergaben erscheinen. Die Rückführung des *stipendium* auf seinen religiösen Hintergrund hat damit nicht nur historische, sondern auch legitimierende Funktion.

Die schon in Gaius' Zwölftafelkommentar zu beobachtende Verbindung von historischer Forschung und aktueller Begriffsprägung lässt sich damit auch für Pomponius

48 Zur Person des Juristen vgl. H.-J. Roth, Alfeni Digesta, 1999, 17-20; wichtige Ergänzungen bei D. Liebs, P. Alfenus Varus, SZ 127 (2010) 32-52. Zur Definition von *urbs* vgl. D. 50.16.87, Marcell. 12 dig., dazu F. Casavola, Il concetto di „urbs roma": giuristi e imperatori romani, Labeo 38 (1992) 20-29, 20f. Zur Frage, ob „Varus" nicht Varro ist vgl. Sanio (o. Anm. 36) 33f.; Nörr, Pomponius (o. Anm. 35) 1008.

49 Zur Unterscheidung von *urbs* und *oppidum* aufgrund des *pomerium* vgl. Catalano (o. Anm. 47) 479.

50 Zu den unterschiedlichen Überlieferungsschichten vgl. Bretone, Tecniche (o. Anm. 35) 211f. mwN.

51 Vgl. z.B. Varro, LL V, 13-30, dazu Pfaffel (o. Anm. 3) 24-31.

52 Zum Verhältnis von Etymologie und Religion vgl. P. Boyancé, Etymologie et théologie chez Varron, REL 53 (1975) 99-115; B. Cardauns, Varro und die römische Religion, in: ANRW 16.1, 1978, 80-103, bes. 83-85.

53 Im Fortgang leitet Ulpian *tributum* von *intributio* (Eintreibung) her oder von dem, was den Soldaten zugeteilt werde (*tribuatur*), vgl. Varro, LL V 181.

54 Varro, LL V, 182, dazu S. Estienne, O. De Cazanove, Offrandes et amendes dans les sanctuaires du monde romain à l'époque républicaine, Archiv für Religionsgeschichte 11 (2009) 5-35, 23-25 mwN.

55 Estienne, De Cazanove (o. Anm. 54) 26f.: „taxe sacrificielle".

nachweisen. Beide verwenden die Etymologie mit ätiologischer Zwecksetzung, nämlich sowohl zur historischen Rekonstruktion als auch zur Wesensschau.

Weniger offensichtlich sind die Funktionen der Etymologie in der isagogischen Literatur.

3. Isagogische Sprachwissenschaft

Als Lehrwerke sind im Folgenden nur systematische Darstellungen, das heisst einerseits allgemeine Einführungswerke, andererseits monographische Behandlungen einzelner Rechtsinstitute zu betrachten[56]. Diese Beschränkung ergibt sich schon aus dem untersuchten Material selbst, da die kasuistisch oder problematisch orientierten Werke keine etymologischen Ableitungen enthalten. Es liegt nahe, die unterschiedliche Streuung der Etymologien in den verschiedenen Werktypen aus der jeweiligen Anlage und jeweils gepflegten Argumentationsweise zu erklären: Während das systematische Lehrbuch auf die Einteilung, Definition und darstellende Charakterisierung von Rechtserscheinungen angelegt ist, kreisen die kasuistischen und problematischen Schriften um die Lösung eines Einzelfalls[57], die auf einleitende Floskeln und umfassende Begriffsklärungen in der Regel verzichten kann.

Schon aufgrund der Überlieferungslage finden sich die meisten Etymologien in den *Institutiones* des Gaius[58]. Die Beobachtungen zu diesem Werk sind durch einen Blick auf die etymologischen Argumente in den für Paulus typischen Monographien zu ergänzen.

3.1 Etymologien in Gaius' *Institutiones*

Für die *Institutiones* des Gaius ergibt sich die hohe Dichte an Etymologien schon aus der – in allen vier Kommentaren zu Anfang fast redundant gebrauchten – begrifflichen Einführungen[59]. Der verfolgte Belehrungszweck erklärt auch das häufige Vorkommen von Etymologien des ersten Grades, das heisst derjenigen, die nach Varro auch dem Volk bekannt, mithin offensichtlich sind und damit an sich keiner Erörterung bedürfen[60].

56 Zu dieser Gattung vgl. M. Fuhrmann, Das systematische Lehrbuch, 1960. Anders F. Schulz, Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft, 1961, 186-209.

57 Zum Lehrbuch vgl. Fuhrmann (o. Anm. 56) 8. Zum Begriff der Kasuistik und der Problemata vgl. Schulz (o. Anm. 56) 281-309, dazu tw. kritisch U. Babusiaux, Papinians Quaestiones, 2011, 16-18 mwN.

58 Z.B. D. 1.8.8.1, Marcian. 4 reg. und die *libri pandectarum* des Modestinus, vgl. dazu Ceci (o. Anm. 7), 175-177. Zur didaktischen Literatur vgl. M. Villey, Recherches sur la littérature didactique du droit romain, 1945; M. Fuhrmann (o. Anm. 56) 104-121.

59 Vgl. Ceci (o. Anm. 7) 123-144. Zur Bedeutung der begrifflichen Klärung im Werk vgl. Fuhrmann (o. Anm. 56) 116f. Keine Etymologien sind Gai. 1,2; Gai. 1,22; Gai. 1,99; Gai. 1,113; Gai. 1,115; Gai. 1,119; Gai. 1,156; Gai. 1,165; Gai. 1,196; Gai. 2,4; Gai. 2,104; Gai. 2,172/73; Gai. 2,200; Gai. 3,10; Gai. 3,186; Gai. 3,124; Gai. 3,187; Gai. 4,27; Gai 4,139; D. 50.16.11, Gai. 1 ad ed. prov.; D. 2.8.1, Gai. 5 ad ed. prov.; D. 50.16.235.1, Gai. 3 ad leg. duod. tab. Ein Vergleich zu Pomponius bei Bretone, Motivi (o. Anm. 35) 15-17 mwN.

60 Vgl. Gai. 1,3; Gai. 1,4; Gai. 1,119; Gai. 1,121; Gai. 1,153.4; Gai. 1,155; Gai. 1,169; Gai. 1,184; Gai. 2,22; Gai. 2,56; Gai. 2,59; Gai. 2,61; Gai. 2,59; Gai. 2,194; Gai. 2,200; Gai. 2,216-218; Gai. 3,110; Gai. 4,126; Gai. 4,132; Gai. 4,144-5; Gai. 4,160; Gai. 4,170; D. 38.10.1.6, Gai. 8 ad ed. prov.

Aber auch die in den *Institutiones* belegten Etymologien des dritten Grades verfolgen die Belehrung und Aufklärung des Lernenden über grundlegende Rechtsbegriffe, wie im Folgenden an wenigen Beispielen vorzuführen ist[61]. Dies gilt zunächst für die häufigen und schon in der Antike belächelten Zerlegungsetymologien[62]. Als Beispiel sei die des *mutuum* genannt:

> Gai. 3, 90[63]: Unde etiam „mutuum" appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex „meo tuum" fiat.

Gaius schliesst diese Deutung des Vertrages an die Erläuterungen zum Entstehen des Darlehens aus der Eigentumsübertragung (*contractus re*) an, nutzt also die Bezeichnung zur Einsicht in die rechtlichen Eigenschaften[64].

Aber auch Lehnwortetymologien können weniger historische, als didaktische Zwecke verfolgen, wie die Etymologie zu *spurii* belegt:

> Gai. 1, 64[65]: (…) nam et hi patrem habere non intelleguntur, cum is et incertus sit, unde solent „spurii" filii appellari vel a Graeca voce quasi „sporaden" concepti vel quasi „sine patre" filii.

Die Etymologie steht im Zusammenhang mit Gaius' Erläuterung des *matrimonium iustum* als Voraussetzung rechtlicher Vaterschaft: Bestehe zwischen den Eltern keine, weil frevelhafte oder inzestuöse Ehe, so hätten die aus der Verbindung hervorgehenden Kinder zwar eine Mutter, nicht aber einen Vater. Sie stünden damit den nichtehelich geborenen Kindern gleich, weshalb sie als *spurii* bezeichnet würden. Diese Bezeichnung führt Gaius auf das griechische Wort ὁ/ἡ σποράς (verstreut) zurück, so dass er *spurii* als „verstreut empfangene" deutet oder als *sine patre filii* (vaterlose Kinder)[66].

Selbst Etymologien mit historisch-antiquarischem Kontext können vorrangig der Aufklärung über existierende Rechtsinstitute dienen, wie das Beispiel der *confarreatio* belegt[67]:

61 Weitere Etymologien in Gai. 1,14; Gai. 1,121; Gai. 1,122; Gai. 2,164; Gai. 2,172f.; Gai. 3,124; Gai. 3,187; Gai. 4,40-43; Gai. 4,71; Gai. 4,71; Gai. 4,126; Gai. 4,146; Gai. 4,169; Gai. 4,160; D. 39.6.31.2, Gai. 8 ad ed. prov.; D. 50.16.16, Gai. 3 ad ed.; D. 50.16.235.1, Gai. 3 ad leg. duod. tab. Zum historischen Argument in den *institutiones* vgl. Maschi (o. Anm. 12) 159-424. Die historischen Erörterungen und die etymologischen Ableitungen stehen bei Gaius aber selten in Verbindung.

62 Vgl. den Spott bei Quint. 1, 6, 28-38, dazu Fögen, Patrii sermonis egestas (o. Anm. 33) 187 mit Fn. 25 mwN.

63 Vgl. A. Carcaterra, Le definizioni dei giuristi romani, 1966, 208; R. Martini, Le definizioni dei giuristi romani, 1966, 221f.; O. Stanojevic, La datio mutui du droit romain, Labeo 15 (1969) 311-326, 312, zuletzt H.L.W. Nelson / U. Manthe, Gai Institutiones III 88-181, 1999, 80-84.

64 Vgl. auch D. 12.1.2.2, Paul. 28 ad ed., zu beiden V. Giuffre, Datio mutui, 1989, 30.

65 P. Meyer, Der römische Konkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften, 1895, 34-39 mwN; zur Frage der definitorischen Bedeutung vgl. Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 209.

66 Die Ableitung setzt eine Zusammenziehung von *s-ine p-at r-e fil-ii* unter Einfügung von *u* voraus, vgl. Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 209 mit Fn. 203; zu anderen Ableitungen vgl. L. Peppe, Paelex e spurius, in: M. Humbert / Y. Thomas (Hrsg.), Mélanges Magdelain, 1998, 343-359, 354-358; zuletzt G. Eisenring, Die römische Ehe als Rechtsverhältnis, 2002, 136f.

67 Einzelheiten bei W.W. Fowler, Confarreatio: A Study of Patrician Usage, JRS 6 (1916) 185-195, 187f. und G. Radke, Beobachtungen zur römischen confarreatio, Gymnasium 96 (1989), 209-216, 210-212; zuletzt knapp G. Schiemann, Confarreatio, in: DNP 3 (1997), Spalte 122 mwN.

> Gai. 1, 112: Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit, in quo farreus panis adhibetur, unde etiam „confarreatio“ dicitur;

Gaius führt die Bezeichnung durch Zerlegung in ihre Bestandteile *con – farreus* zurück, wobei vor allem die Bezeichnung *farreus* weiterer Erläuterung bedarf. Gaius verweist zu diesem Zweck auf die alte religiöse Praxis, das Opfer dem *Iuppiter Farreus* darzubringen[68]. Diese Einbettung und Erläuterung der etymologischen Ableitung legt nahe, dass der Jurist an dieser Stelle nicht historische Sachforschung betreibt, sondern Aufklärung des Rechtsstudenten über das nach wie vor gültige Rechtswort.

Diese Zwecksetzung belegt auch die eponyme Rückführung der *actio Rutiliana* in:

> Gai. 4, 35: Quae species actionis appellatur „Rutiliana“, quia a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, conparata est.

Hier stehen weder die historische Person des Publius Rutilius noch die Umstände der Einführung der nach ihm benannten Klage im Vordergrund[69]. Vielmehr hat die Etymologie allein den Zweck, die Benennung der Klage zu erklären, ist also nur eine Begleiterscheinung der dogmatischen Erläuterung der *actio Rutiliana*. Es handelt sich – wie Gaius weiter ausführt – um eine Klage, mittels derer die Verurteilung auf den Vermögenskäufer umgestellt wird, das heisst auf denjenigen, der in der *venditio bonorum* das Vermögen des insolventen Schuldners erworben hat[70].

Die bei Gaius überwiegende didaktisch-belehrende Funktion der Etymologie lässt sich auch in den Monographien des Iulius Paulus nachweisen.

3.2 Einleitungsetymologien in monographischen Schriften des Paulus

Von diesem Spätklassiker sind nicht weniger als vierzig monographisch angelegte Werke bekannt[71], von vielen freilich nicht mehr als der Titel. Soweit Fragmente vorhanden und Strukturen erkennbar sind, erweist sich die Etymologie als typisches Element der Einleitung. Regelmässig kommt der etymologischen Ableitung dabei die Funktion zu, die eigentliche Definition vorzubereiten.

Dies gilt zunächst für die auch in anderen Schriften belegte Etymologie der *cognatio*[72], die Paulus in der Einleitung seines *liber singularis de gradibus et adfinibus* zitiert:

> D. 38.10.10.1-2, Paulus l. sing. de grad. et adfin:
>
> 1 Nomen cognationis a Graeca voce dictum videtur: συγγενεῖς enim illi vocant, quos nos cognatos appellamus.

68 Zum Kultnamen Farreus vgl. Fowler (o. Anm. 67) 191; anders Radke (o. Anm. 67) 214f., der die Bezeichnung allein auf den Verzehr des Speltbrotes zurückführt.

69 Zu eponymen Etymologien vgl. Baudou (o. Anm. 1) 139-148.

70 M. Kaser / K. Hackl, Römisches Zivilprozessrecht, ²1996, § 58.II.2, 399 mit Fn. 29 mwN. v.a. L. Di Lella, Formulae fictiae, 1984, 53-57, zuletzt G. Grevesmühl, Die Gläubigeranfechtung nach klassischem römischem Recht, 2003, 21f.

71 Vgl. D. Liebs, Iulius Paulus, in: R. Herzog / P.L. Schmidt (Hrsg.), Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike 117 bis 284 n. Chr. IV, §423.c.38-78, 162-172; zur Bedeutung vgl. ebd. § 423.C, S. 174.

72 Vgl. D. 38.8.1.1, Ulp. 46 ad ed. (Labeo); D. 38.10.4.1, Mod. 12 pand.

2 Cognati sunt et quos adgnatos lex duodecim tabularum appellat, sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia: qui autem per feminas coniunguntur, cognati tantum nominantur.

Anstatt der sonst belegten Zerlegungsetymologie *commune nati* führt Paulus die *cognatio* auf ein griechisches Wort zurück, das allerdings analog komponiert ist[73]. Die etymologische Rückführung dient einerseits darstellerisch-systematischen Zwecken, da sie die in § 2 folgende Unterscheidung von agnatischer und cognatischer Verwandtschaft vorbereitet[74]. Andererseits rechtfertigt die etymologische Rückführung die Verwendung des Wortes *cognatio* als gleichsam untechnischer Oberbegriff der Verwandtschaft, der – wie Paulus später ausführt – sowohl die väterliche als auch die mütterliche Abstammung erfasst[75].

Ein einleitender und gleichzeitig evokatorischer Zweck ergibt sich für die Lehnwortetymologie in:

D. 39.6.35.1, Paul. 6 ad leg. Iul. et Pap.: Donatio dicta est a dono quasi dono datum, rapta a Graeco: nam hi dicunt δῶρον καὶ δωρεῖσθαι.

Diese Ableitung der *donatio* steht zu Beginn der Erörterung eines Senatsbeschlusses, der den Erwerb aus *donationes mortis causa* durch Personen, denen der Erbschaftserwerb gesetzlich verboten ist, ausschliesst[76]. Paulus führt das dort genannte und damit erörterungswürdige Wort (*donatio*) auf seinen Stamm *donum* (Opfergeschenk) zurück, der seinerseits durch das griechische Pendant δῶρον καὶ δωρεῖσθαι (Geschenk und schenken) erläutert wird. Diese Herleitung scheint auf den ersten Blick ähnlich banal wie die Zerlegung der *cognatio* in ihre Bestandteile. Allerdings spricht einiges dafür, dass der Jurist die *donatio* durch die Rückführung auf griechischen Ursprung sowie durch die Anspielung auf das Opfergeschenk besonders zu würdigen gedenkt[77]. Wie nämlich die spätere Heraushebung der *vera et absoluta donatio* (§ 2) zeigt, soll gerade diese Abgrenzung zur *donatio mortis causa*[78], die als unvollständige und vorläufige Schenkung gebrandmarkt wird, das Verbot legitimieren.

Die damit erkennbare Vorbereitungsfunktion der Etymologie in Paulus' Monographien geht einher mit den Kennzeichen dieser Textgattung: Sofern es ein Jurist unternimmt,

73 Anders A. Guarino, „Pauli de gradibus et adfinibus et nominibus eorum liber singularis" e la compilazione di D. 38.10., SDHI 10 (1944) 267-289, 272, der die sprachwissenschaftliche Unrichtigkeit der Etymologie als Indiz für einen nachklassischen Eingriff ansieht.

74 Vgl. D. 38.10.10.2-4, Paul. l. sing. de grad. et adfin.; vergleichbar: D. 38.10.4.2, Mod. 12 pandect.; zu dieser Funktion vgl. bereits Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 287f., 362.

75 Gleichsinnig H.-D. Spengler, Dogmatik, Systematik, Polemik. Untersuchungen zu Stil und Methode des Iulius Paulus, Habil. München unveröfftl. 2002, 168, dort auch zu Guarino (o. Anm. 73) 272.

76 Vgl. D. 39.6.35pr., Paul. 6 ad l. Iul. et Pap.

77 Vgl. Th.L.L. s.v. donum, Sp. 2017, 33- 2018, 50. Zur Terminologie von *donum* vgl. N. Zagagi, Amatory Gifts and Payments: A Note on munus, donum, data in Plautus, Glotta 65 (1987) 129-132, 131f.

78 Zur Abgrenzungsfunktion vgl. bereits Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 286. Unter Berücksichtigung der einleitenden Etymologie muss man daher die Motive des Schenkers der *donatio mortis causa* als Darlegung seiner niederen Gesinnung ansehen. Zur *donatio mortis causa* vgl. zuletzt D. Rüger, Die donatio mortis causa im klassischen römischen Recht, 2011, 22f.

einem einzelnen Rechtserscheinung ein eigenes Werk zu widmen, bedarf dies einerseits besonderer Rechtfertigung, andererseits genauer Vorbereitung des Lesers[79]. Die Etymologie, die am Anfang des Werkes steht, bildet in der weiteren gedanklichen Entfaltung des Themas mithin geradezu einen Subtext, dessen eindringliche, weil lautlich gestützte Lektion im gesamten weiteren Verlauf zur sicheren Orientierung dient[80].

Mit den bisher gewonnenen Erkenntnissen zur historisch-antiquarisch, didaktisch-unterweisenden und vorbereitenden Funktion der Etymologien in der römischen Jurisprudenz ist nun das weitaus umfangreichste Material der Kommentarliteratur einer Prüfung zu unterziehen.

4. Etymologien in Kommentierungen

Schon durch ihren Anteil am Digestentext bilden die Ediktskommentare des Paulus und des Ulpian die Hauptquelle der in den Digesten anzutreffenden Etymologien[81]. Als Etymologien im eigentlichen Sinn sind freilich nur die Begründungen anzusehen, die eine Wortbedeutung aufgrund klanglicher Nähe unter Beachtung der Änderungstopoi auf ein ursprüngliches Wort zurückführen[82]. Beachtet man diesen Unterschied zur (etymologischen oder etymologisierenden) Definition, treten die Charakteristika der ulpianischen und paulinischen Etymologien deutlich hervor.

4.1 Paulus' *libri ad edictum*

In Paulus' Korpus finden sich zum einen didaktisch-unterweisende Etymologien, die an Gaius' *Institutiones* erinnern und teilweise auch direkt dort geschöpft sind[83], zum andern Einleitungsetymologien, wie sie auch in seinen Monographien beobachtet worden sind.

79 Zur Funktion des Prooemiums vgl. Nachweise bei U. Babusiaux, Zur Funktion der aequitas naturalis in Ulpians Ediktslaudationen, in: D. Mantovani / A. Schiavone (Hrsg.), Testi e problemi del giusnaturalismo, 2007, 603-644.

80 Vgl. bereits Grewing, (o. Anm. 1) 353f.

81 Vgl. Ceci (o. Anm. 7) 147-156 (Paulus), 157-174 (Ulpian), der den Begriff der Etymologie freilich zu weit fasst.

82 Anzeichen für Etymologien sind Formulierungen wie *dictum est ab eo* oder *appella(n)tur*; dagegen sind Definitionen durch *est* oder vergleichbare Formulierungen angezeigt. Blosse Definitionen in D. 38.16.1.10, Ulp. 12 ad Sab.; D. 1.8.9.3, Ulp. 68 ad ed.; D. 4.2.5, Ulp. 11 ad ed.; D. 11.7.2.6, Ulp. 25 ad ed.; D. 1.1.1.3, Ulp. 2 ad ed.; D. 1.1.1.4, Ulp. 1 inst.; D. 43.21.1.5, Ulp. 70 ad ed.; D. 46.2.1.1, Ulp. 46 ad Sab.; D. 50.16.59, Ulp. 68 ad ed.; D. 23.3.5, Ulp. 31 ad Sab.; D. 50.16.212, Ulp. 1 de adult.; D. 50.16.190, Ulp. 34 ad ed.; D. 39.4.1.1, Ulp. 55 ad ed.; D. 2.14.1.3, Ulp. 4 ad ed.; D. 43.29.3.8, Ulp. 71 ad ed.; D. 50.16.195.4, Ulp. 46 ad ed.; D. 50.16.66, Ulp. 74 ad ed.; D. 50.1.1.1, Ulp. 2 ad ed.; D. 50.16.45, Ulp. 58 ad ed.; D. 47.3.1.1, Ulp. 37 ad ed.; Keine Etymologien in D. 50.16.163, Paul. 2 ad Sab.; D. 38.10.10.15, Paul. l. sing. de grad. et adfin. et nom. eorum; D. 50.16.18, Paul. 9 ad ed.; D. 1.18.3, Paul. 3 ad Sab.; etymologisierende Definition in D. 50.16.64, Paul. 67 ad ed.; D. 41.3.2, Paul. 54 ad ed.; D. 50.16.7, Paul. 2 ad ed.; D. 38.10.10.17, Paul. l. sing. de grad. et adfin. et nom. eorum; D. 41.3.8, Paul. 44 ad ed. Etymologien in der Kommentierung schon bei Gaius, vgl. D. 24.2.2pr., Gai. 11 ad ed. prov., vgl. D. 50.16.191, Paul. 35 ad ed. und D. 50.16.40, Ulp. 56 ad ed. Auf die Definitionslehre beschränkt die Etymologie zu Unrecht B. Schmidlin, (o. Anm. 9) 194-197.

83 Zu Übernahmen des Paulus von Gaius vgl.: D. 50.16.191, Paul. 35 ad ed. (*divortium*), ähnlich D. 24.2.2pr., Gai. 11 ad ed. prov.; D. 22.4.1, Paul. 2 sent.; D. 12.1.2.2, Paul. 8 ad ed. (*mutuum*), ähnlich Gai. 3,90.

Ein typisches Beispiel einer didaktisch-erläuternden Etymologie bildet diejenige in:

D. 39.2.3, Paul. 47 ad ed.[84]: Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

Paulus führt die Bezeichnung *damnum* (Schaden) aufgrund lautlicher Ähnlichkeit zurück auf *ademptio* (Wegnahme, Entzug)[85]. Sodann zerlegt Paulus das (angebliche) Synonym in die erläuternden Bestandteile *demin(utio) patrimon(ii)*[86], so dass sich der Schaden schon begrifflich auf die Vermögenseinbusse beschränkt, was im Kontext der *cautio damni infecti* eine uferlose Haftungsausweitung verhindert[87].

Einen vergleichbaren Zweck verfolgt die Etymologie des Begriffs *magister*:

D. 50.16.57, Paul. 59 ad ed.: Cui praecipua cura rerum incumbit et qui magis quam ceteri diligentiam et sollicitudinem rebus quibus praesunt debent, hi „magistri" appellantur.

Paulus zerlegt *magistri* (Meister) in die sie qualifizierende Worte *magis quam ceteri*, die er als Aussage über die Fähigkeiten und die Kompetenz der Benannten im Vergleich zu anderen, Nichtinhabern dieser Ämter, konzipiert[88]. Durch die etymologische Ableitung wird mithin die Leitungsfunktion des *magister* im Rahmen der *societas publicanorum* legitimiert[89].

Ebenfalls eine Aufgabenbeschreibung folgt aus der Etymologie von *tutores* (Vormünder):

D. 26.1.1.1, Paul. 28 ad ed.: Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.

Die auf der lautlichen Nähe von *tutores* und *tuitores* beruhende Etymologie führt zur Ausdeutung von *tuitores* durch ein Synonym (*defensores*), das die Tätigkeit und Aufgabe der Tutoren kennzeichnet[90]. Aus dieser Schutzwirkung der Tutel folgt ohne weiteres, dass bestimmte Personen von der Tutel ausgeschlossen sind, wie Paulus für Stumme und Taube im Anschluss dieser Etymologie festhält (§§ 2-3).

Eine einleitende Funktion kommt hingegen zwei ausführlichen Lehnwortetymologien des Paulus zu. So der Etymologie des *furtum*[91]:

84 Zur Etymologie von *damnum* vgl. D. Liebs, Damnum, damnare und damnas. Zur Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtsworte, SZ 85 (1968) 173-252; auch D. Daube, Nocere und noxa, The Cambridge Law Journal 7 (1939) 23-55, 40f.

85 Vgl. Varro, LL V. 176. *Damnum a demptione, cum minus re factum quam quanti constat*.

86 Liebs, Damnum (o. Anm. 84) 174-179 mwN.

87 P. Jörs / W. Kunkel / L. Wenger, Römisches Privatrecht [4]1987 (hrsg. v. H. Honsell, Th.Meyer-Maly, W. Selb), 223 Fn. 1. Zur *cautio damni infecti* vgl. J.M. Rainer, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht, 1987, 129f.

88 Vgl. Varro, LL V, 82.

89 Zur Sache vgl. A. Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen, 2010, 265f. mit Fn. 106.

90 Vergleichbar: D. 50.16.184, Paul. 30 ad ed.

91 Eine Übersicht über Etymologien zu *furtum* in der nichtjuristischen Literatur bei H. Niederländer, Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen, SZ 67 (1950) 185-260; SZ 67 (1950), 186f. Zur Bedeutung der Etymologie für die Ediktsauslegung vgl. Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 285.

> D. 47.2.1pr., Paul. 39 ad ed.[92]: Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui φῶρας appellant fures: immo et Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φῶρας dixerunt.

In entstehungsgeschichtlicher Abfolge beginnt Paulus mit der Etymologie des Labeo, die sich auf *furvus* (dunkel) stützt, das heisst mittels des Tropus der Antonomasie die Umstände der Tat evoziert („heimlich und im Dunkeln und meist bei Nacht")[93]. Sabinus dagegen leite *furtum* von *fraus* (Frevel) ab, unterstellt also eine weitergehende Lautveränderung bei der Wortprägung[94], die Paulus freilich nicht weiter ausführt. Paulus selbst führt *furtum* auf *ferre* oder *auferre* (wegtragen) zurück oder alternativ auf das griechische Wort (Gleichklang) φῶρας für *fures* (Diebe), wobei er auf die Abstammung des Wortes φῶρας von φέρειν verweist. Auf diese Weise stützt das zunächst als Alternative angegebene griechische Lehnwort die favorisierte Ursprungsdeutung von *ferre*[95]. Die ausführliche und gelehrte Etymologie verfolgt – wie § 1 zeigt – den Zweck, die rechtlichen Konturen des Institutes einzuprägen: Da sich *furtum* von *ferre* ableitet, zumindest also eine *contrectatio* voraussetzt, scheidet ein psychischer Diebstahl aus: *Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem*.

Dennoch ist der Vorstellung zu widersprechen, derzufolge Paulus nur eine Etymologie als zutreffend anerkenne. Wie nämlich der weitere Verlauf der Kommentierung zeigt, sind auch die in Labeos und Sabinus' Etymologien zum Ausdruck kommenden Aspekte des *furtum* immer wieder von Bedeutung[96]. Genauso wie in seinen Monographien nutzt Paulus mithin die Etymologie als Markierung und Richtschnur, die in der Einleitung gegeben und sodann immer wieder aktiviert werden kann[97].

Vergleichbares gilt auch für die Etymologie zur *possessio*:

> D. 41.2.1pr., Paul. 54 ad ed.: Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus[98] quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt.

Die von Labeo stammende Etymologie, mit der die *possessio* als Innehabung beschrieben wird, wird von Paulus als Einleitung des Titels *de possessione* herangezogen. Dieser Titel erinnert an die paulinischen Monographien, indem er das wesentliche Merkmal – die *possessio* – verschiedener ediktaler Rechtsbehelfe (Interdikte) als Einheit behandelt,

92 Grundlegend Niederländer (o. Anm. 91) 185-260; B. Albanese, La nozione del furtum da Nerazio a Marciano, AUPA 25 (1957) 5-220, bes. 106-126; aus der neueren Lit.: C. Peloso, Studi sul furtum nell'antichità mediterranea, 2008; M.A. Fenocchio, Sulle tracce del delitto di furtum, 2008.

93 Vgl. auch Varro nach Gell. 1, 18, 3f., dazu (und zu weiteren Nachweisen) Niederländer (o. Anm. 91) 186f.

94 Zur Deutung vgl. Niederländer (o. Anm. 91) 239f. mwN, ihm zustimmend Fenocchio (o. Anm. 92) 369-372.

95 Zur paulinischen Etymologie vgl. ebenfalls Niederländer (o. Anm. 91) 253-256.

96 So bereits Albanese (o. Anm. 92) 112f. Zur Offenheit des Gellius gegenüber abweichenden Etymologien von *furtum* in NA 1,18,5-6, dazu Fögen, Patrii sermonis egestas (o. Anm. 33) 184f.

97 Zutreffend Carcaterra (o. Anm. 63) 210f. mwN.

98 *sedibus* oder *pedibus* vgl. F.C. Savigny, Das Recht des Besitzes, 1803, 67 Anm. 12. Die Florentina hat *sedibus*. Zu Labeo vgl. Schmidlin, (o. Anm. 9) 195. Carcaterra, Definizioni (o. Anm. 63) 210f. weist das Fragment dem Ulpian zu.

während noch Paulus' jüngerer Zeitgenosse Ulpian seinen Ediktskommentar nach den einzelnen Rechtsbehelfen gliedert[99]. Die Etymologie folgt dem schon bekannten Schema, in dem das zu klärende Wort *possessio* auf ein lautlich verwandtes Wort *sedes* zurückgeführt wird[100], wobei die Rückführung durch ein mit beiden Worten lautlich bzw. inhaltlich verbundenes Wort *positio* plausibel gemacht wird. Dieses Verbindungswort, das die inhaltliche Erläuterung des Ausgangswortes erst ermöglicht, wird seinerseits auf ein griechisches Vorbild zurückgeführt: κατοχήν (Innehabung)[101].

Diese Begriffsbestimmung, die gleichzeitig eine Aussage über das Wesen der *possessio* trifft, bereitet gedanklich die Eigenschaften vor, die Paulus der *possessio* zuschreibt: So den natürlichen Eigentumserwerb durch *possessio naturalis* (§ 1), den Besitzerwerb durch Sklaven (§ 2) und durch *pupilli* (§ 3)[102]. Erneut ist die Etymologie also die Wegmarke, die den Gedankengang vorzeichnet und dadurch für den Leser strukturiert und einsichtig macht.

Während bei Paulus somit erläuternde und einleitende Etymologien überwiegen, sind die Definitionen das Hauptanwendungsgebiet der Etymologien des Ulpian.

4.2 Ulpians Ediktskommentar

Diese Definitionen bildet Ulpian einerseits mithilfe von Etymologien, die er in der Rechtsliteratur, vor allem bei Labeo, vorgefunden hat, andererseits durch eigenständige etymologische Ableitungen[103].

Ein Beispiel für die Verwendung labeonischer Etymologien bildet:

> D. 3.2.4.4, Ulp. 6 ad ed.[104]: praevaricator autem est quasi varicator, qui diversam partem adiuvat prodita causa sua: quod nomen Labeo a varia certatione tractum ait, nam qui praevaricatur, ex utraque parte constitit, quin immo ex adversa.

In seinem Ediktskommentar zur Infamie (Pal. 281) zitiert Ulpian Labeos Etymologie zum *praevaricator*, dem verräterischen Sachwalter[105]. Ihre Grundlage ist die teilweise Deckungsgleichheit von *prae-varicator* und *varicator*, das heisst die Zerlegung des zu klärenden Wortes in (scheinbare) Bestandteile. *Varicare* bedeutet „Beinegrätschen", kennzeichnet also in körperlich sichtbarer Form das schwankende Verhalten des

99 Zutreffend Spengler (o. Anm. 75) 178; gleichsinnig schon Pernice (o. Anm. 10) 27f.

100 Ausführlich dazu A. Carcaterra, Possessio, 1967, 6-14 mwN. Zur Unhaltbarkeit der Etymologie aus moderner Sicht vgl. zuletzt P. Lambrini, L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico, 1998, 25f.

101 Gegen die Interpolationsvermutungen vgl. bereits G. MacCormack, Naturalis possessio, SZ 84 (1967) 47-69, 52. Als historische Anleihe des Paulus deutet das pr. G. Falcone, Ricerche sull'origine dell'interdetto uti possidetis, in: AUPA 44 (1996), 1-360, 100-102.

102 Einen anderen Zusammenhang konstruiert B. Biondi, Valore delle etimologie dei giuristi romani, in: Synteleia Arangio-Ruiz, 1964, 749-742, 742.

103 Etymologien der ersten Stufe: D. 46.5.1.4, Ulp. 70 ad ed.; D. 29.1.1.1, Ulp. 45 ad ed.; D. 46.5.1.1, Ulp. 70 ad ed.; D. 34.2.25.10, Ulp. 44 ad Sab.

104 Zum Text vgl. Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 148. Zur Infamie in diesem Zusammenhang vgl. J. Garcia Caminas, La lex Remmia de calumniatoribus, 1984, 111.

105 Vgl. auch D. 47.15.1, Ulp. 6 ad ed. praet.; sinngemäss D. 50.16.212, Ulp. 1 de adult.

praevaricator[106]. Diese Metapher führt zur weiteren Wortklärung, indem Labeo das Wort *varicator* aufgrund des Gleichklangs in die (scheinbaren) Bestandteile *varia certatio* (wechselhafte Streitunterstützung*)* zerlegt[107]. Bei Ulpian wird diese Ableitung zur Definition: *praevaricator est*[108].

Als originelle etymologische Schöpfungen des Ulpian sei verwiesen auf:

> D. 50.16.49, Ulp. 59 ad ed.[109]: „Bonorum" appellatio aut naturalis aut civilis est. naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint. aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est in actionibus petitionibus persecutionibus: nam haec omnia in bonis esse videntur.

Über *beare* (profitieren) führt er *bona* zurück auf diejenigen, die dadurch dass sie profitieren glücklich gemacht werden (*beatos faciunt*). Diese Erläuterung dient sodann zur Ausweitung des Begriffs der *bona*: Sie erfassen nicht nur das Eigentum, sondern auch den gutgläubigen Besitz[110]. Letzteres belegt, dass die Etymologie hier der rechtlichen Ausdeutung, insbesondere der Ausweitung des *bona*-Begriffes dient: Anstelle einer auf das Eigentum beschränkten Deutung, sollen nach Ulpians funktionaler Betrachtung auch die Besitzrechte erfasst sein.[111]

Ebenfalls der Verbesserung einer vorgefundenen Definition dient die Etymologie in[112]:

> D. 47.10.15.4, Ulp. 77 ad ed.[113]: Convicium autem dicitur vel a concitatione vel a conventu, hoc est a collatione vocum. cum enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur quasi convocium.

Ausgehend von der labeonischen Definition des *convicium* als *iniuria* (§ 3) führt Ulpian *con-vicium* aufgrund der Lautähnlichkeit auf *con-citatio* oder *conventus* zurück[114]. *Conventus* dient ihm sodann als Ausgangspunkt der zerlegenden Deutung *in v(oces)*

106 Zum Grätschen als wackligem Stand vgl. D. 50.16.212, Ulp. 1 de adult. Gleichsinnig B. Sitek, Crimen praevaricationis. Remarks about barristers' moral qualifications on the background of the corruptible figure of the barrister in Ancient Rome, Diritto e storia 8 (2009) Nr. 4.

107 Pernice, Labeo (o. Anm. 10) 30 mit Verweis auf Cic. part. or. 126.

108 Zu *turba* vgl. D. 47.8.4.2, Ulp. 56 ad ed., dazu M. Balzarini, Ricerche in tema di danno violente e rapina nel diritto romano, 10-13; A.D. Manfredini, Responsabilità collettiva e damnum in turba datum, Annal. Univ. Ferrar Sc. Giur. XIV (2000), 51-57, 54 mwN.

109 Zum Text vgl. F. Sturm, Stipulatio Aquiliana, 1972, 171-174 mwN. Als Grundlage volkswirtschaftlicher Erörterungen behandelt bei P. Oertmann, Die Volkswirtschaftslehre des Corpus Iuris civilis (I), 1891, 14-16.

110 Vgl. auch Sturm (o. Anm. 109) 172. Zur Definition vgl. Carcaterra, Definizioni (o. Anm. 63) 209.

111 Vgl. dazu W. Waldstein, Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen, in: ANRW II.15 (1976) 3-100, 66-68 mit Fn. 225 zum Text.

112 Zur definitorischen Funktion dieser Etymologie vgl. Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 306f.

113 Vgl. R. Wittmann, Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage, SZ 91 (1974) 285-359, 308f., zuletzt M. Hagemann, Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation, 1998, 68f., der auch auf die abweichende Etymologie bei Festus (Linds. 36) hinweist. Die Etymologie wird von Ceci (o. Anm. 7) 97 zu Unrecht dem Labeo zugeschrieben.

114 Bei Austausch der zwei letzten Silben in *convicium* ergibt sich weitergehender Gleichklang *con-vi-ci.*

conf/v(eruntur). Der für diese Deutung benutzte Tropus ist die Metonymie, indem Ulpian nicht den Inhalt der Beschimpfung, sondern die dabei entstehenden Unruhe zugrunde legt[115].

Noch häufiger bedient sich Ulpian – wie schon Gaius und Paulus – Zerlegungsetymologien, um Rechtsbegriffe zu definieren[116]. Hierzu nur ein Beispiel aus der Kommentierung zum *edictum triplex*:

> D. 14.3.3, Ulp. 28 ad ed.[117]: Institor appellatus est ex eo, quod negotio gerendo instet: nec multum facit, tabernae sit praepositus an cuilibet alii negotiationi, (…)

Nach Vorstellung des Ediktstextes und nach dem Ediktslob klärt der Spätklassiker den Begriff des *institor* mittels Etymologie. Diese beruht auf der lautlich begründeten Rückführung auf *instare* (vorstehen), welches durch das Synonym *praeponere* (voranstellen) noch weitergehend erläutert wird[118]. Auf diese Weise ist die Definition inhaltlich und lautlich kongruent, was ihre Überzeugungskraft erhöht.

Stärker suggestiv sind Ulpians Etymologien zu *pactum* und *peculium*:

> D. 2.14.1.1, Ulp. 4 ad ed.[119]: Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) (…)

> D. 15.1.5.3, Ulp. 29 ad ed.: Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.

So leitet der Jurist *pactum* (Vereinbarung) aufgrund des Gleichklangs von *pactio* ab, spielt mithin – wie die Überleitung zu *pax* (Frieden) zeigt – mit der abgeleiteten Bedeutung von *pactio*, welche nicht nur Vereinbarung, sondern spezifischer Kapitulation (Friedensvertrag) bedeutet[120]. In vergleichbarer Weise beruht die Etymologie zu *peculium* zunächst auf der Wortähnlichkeit von *peculium* und *pecunia*, wobei Ulpian *peculium* in zwei Elemente (*pusillum* = klein und *pecunia* = Vermögen) zerlegt, was es ihm erlaubt, von der *pecunia* abstrahierend auch das *patrimonium* zur Erläuterung (*patrimonium pusillum*) heranzuziehen[121].

115 Zur Metonymie vgl. Barwick (o. Anm. 4) 91. Zum Sachargument vgl. Hagemann (o. Anm. 113) 68 mwN.

116 Dem bereits bei Gaius und Paulus begegneten Schema folgen D. 3.6.3.2, Ulp. 10 ad ed.; D. 16.3.1pr., Ulp. 30 ad ed. Vgl. ferner D. 43.8.2.17, Ulp. 68 ad ed.; D. 43.21.1.3, Ulp. 70 ad ed.; D. 23.1.2, Ulp. l. sing. de spons.; D. 43.14.1.4, Ulp. 68 ad ed.; D. 43.12.1.3, Ulp. 68 ad ed.; etymologisierende Definitionen auch in D. 3.6.3.2, Ulp. 10 ad ed.; D. 16.3.1pr., Ulp. 30 ad ed.; D. 47.11.7, Ulp. 9 de off. proc.; D. 50.16.40, Ulp. 56 ad ed.; D. 21.1.21pr., Ulp. 1 ad ed. aed. curul.; D. 43.21.1.2, Ulp. 70 ad ed.; D. 43.20.1.26, Ulp. 70 ad ed.; D. 19.1.17.6, Ulp. 32 ad ed.; D. 50.16.183, Ulp. 27 ad ed.; D. 43.8.2.22, Ulp. 17 ad ed.; D. 50.16.43, Ulp. 48 ad ed.

117 Vgl. auch D. 47.10.1pr., Ulp. 56 ad ed. *Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter*. (…), ähnlich: Gai. 4,44 zur *actio institoria* und Gai. 4,43 zur *actio exercitoria*.

118 Zu den Voraussetzungen vgl. zuletzt M. Miceli, Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica, Iura 53 (2002) 57-176.

119 Vgl. auch dazu Carcaterra, Definizioni (o. Anm. 63) 199f.; Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 299f.

120 Vgl. bereits Gl. „*pactum*" zu D. 2.14.1,1, dazu G. Otte, Dialektik und Jurisprudenz, 1971, 103f. mwN.

121 Zur Bedeutung der Etymologie für die Definition vgl. Quint. 1,6,29, dazu Ax, (o. Anm. 5) 275-278.

In diesem Kontext ist auch Ulpians berühmteste Etymologie, nämlich die des *ius* zu lesen, die er sodann überleitet in die nicht minder berühmte Definition des *ius* durch Celsus:

> D. 1.1.1pr., Ulp. 1 inst.[122]: Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.

In ihrer Struktur entspricht diese definierende Etymologie den bisher betrachteten: Da der Jurist *ius* von *iustitia* ableitet, und *iustitia* (Gerechtigkeit) schon bei Aristoteles die gerechte Verteilung (*iustitia distributiva*) und den Ausgleich (*iustitia commutativa*) bezeichnet[123], muss das Recht als Tätigkeit des Juristen als aus der *iustitia* abgeleitete Bezeichnung ebenfalls die Kunst des Guten und Gerechten bezeichnen[124]. Die Suggestivkraft dieser Etymologie entfaltet sich erst in der Konsequenz, die Juristen als Priester der Gerechtigkeit zu bezeichnen (§ 1). Auch diese evokatorische Wirkung der Etymologie in die weitere Kommentierung hinein ist aber keine Besonderheit der ulpianischen *ius*-Definition, sondern schon für die Einleitungsetymologien des Paulus beobachtet worden.

Die bisher genannten Etymologien sind in die Kommentierung eingeflochten; sie dienen der vorbereitenden Klärung der Edikts- und sonstiger Rechtsworte und sind damit vorrangig didaktisch-unterweisende Etymologien. Eine Sonderstellung hat freilich ein Fragment, in welchem Ulpian verschiedene alternative Etymologien diskutiert und auch mit griechischen Lehnwörtern arbeitet:

> D. 29.1.1.1, Ulp. 45 ad ed.[125]: Miles autem appellatur vel a militia, id est duritia, quam pro nobis sustinent, aut a multitudine, aut a malo, quod arcere milites solent, aut a numero mille hominum, ductum a Graeco verbo, tractum a tagmate: nam Graeci mille hominum multitudinem τάγμα appellant, quasi millensimum quemque dictum: unde ipsum ducem χιλίαρχον appellant. exercitus autem nomen ab exercitatione traxit.

Den Kontext dieser besonders aufwändigen etymologischen Ableitung bildet das Soldatentestament, das heisst, das in seinen Förmlichkeiten stark reduzierte Testament der (meist nichtrömischen) Soldaten[126]. Ulpian beginnt seine Kommentierung mit dem Begriff *miles*, den er auf *militia* zurückführt (lautliche Ähnlichkeit), die er wiederum durch ein Synonym (*duritia* = Härte) erläutert. Die *duritia* wird dann durch die Tätigkeit

122 Aus der unübersehbaren Lit. vgl. nur Carcaterra, Definizioni (o. Anm. 63) 95-99, 124f., 179-183 mwN; Martini, Definizioni (o. Anm. 63) 182-185.

123 Zum philosophischen Hintergrund vgl. nur W. Waldstein, (o. Anm. 111) 91f.; D. Nörr, Iurisperitus sacerdos, jetzt in T.J. Chiusi / W. Kaiser / H.-D. Spengler (Hrsg.) HIA II, 2003, 851-868.

124 M.J. Schermaier, Ulpian als „wahrer Philosoph", in: ders. / Z. Végh, Festschrift Waldstein, 1993, 303-322; W. Waldstein, Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian, in: Festschrift Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, 1996, 1ff.; ders., Zum Problem der vera Philosophia bei Ulpian, in: Etudes Ankum, 1995, 607-617; L. Winkel, Die stoische οικεωσις-Lehre und Ulpians Definition der Gerechtigkeit, SZ 115 (1998) 669-679.

125 Als Beispiel für ein „sonderbares Ergebnis" bei Schmidlin (o. Anm. 9) 195.

126 Vgl. L. Chevailler, Notes sur le testament militaire dans la doctrine des jurisconsultes classiques et dans la législation impériale, in: Varia II, 1956, 1-54; V. Scarano Ussani, Il „testamentum militis" nell'età di Nerva e Traiano, in: Sodalitas III, 1984, 1383-1396.

der Soldaten erläutert (Metonymie). Als Alternativen verweist Ulpian auf *multitudo* (lautliche Ähnlichkeit nur durch starke Veränderungen durchführbar), *malum* (ebenso) oder χίλιοι (Tausende, *milia*)[127]. Im Griechischen erfolgt dann erneut eine Deutung durch Synonym (τάγμα = tausend).

Diese etymologischen Deutungen bleiben nebeneinander stehen; eine definitive Zuweisung eines Begriffsinhaltes erfolgt nicht. Ulpian scheint also eher Assoziationen, die mit dem Begriff *miles* zusammenhängen, wecken zu wollen, nicht aber eine eindeutige begriffliche Deutung des an sich geläufigen Wortes anzustreben. Aus diesem Grund erinnert die etymologische Ableitung an die einleitenden Etymologien der paulinischen Monographien, die Konnotationen eines Rechtswortes in Vorbereitung der nachfolgenden dogmatischen Erörterung etablieren. Diese Funktion liegt im Zusammenhang mit dem Soldatentestament auch besonders nahe, handelt es sich doch um einen Rechtsbereich, der erst durch das Kaiserrecht begründet und erst in hochklassischer Zeit vollausgebildet wurde. Die etymologische Suche des Ulpian dürfte mithin den Zweck verfolgen, *miles* als Rechtsbegriff zu prägen. Damit wird einerseits das Soldatentestament als *ius singulare* auf seinen eigentlichen Anwendungsbereich beschränkt[128], andererseits die Sonderbehandlung der Soldaten gerechtfertigt.

Die Durchsicht der Etymologien in Paulus' und Ulpians Ediktskommentaren belegt mithin, dass beide Spätklassiker das etymologische Argument mit durchaus abweichender Akzentuierung verwenden: Während bei Paulus Einleitungen und erläuternde Etymologien vorherrschen, ist Ulpians Etymologie vorrangig definitorisch. Gerade letzteres mag angesichts der quantitativen Dominanz des ulpianischen Materials in den Digesten auch der Grund für die in der Literatur vorherrschende Gleichsetzung von Etymologie und Definition sein, obwohl diese – wie schon die ulpianische Ausdrucksweise selbst belegt – zu trennen sind.

5. Fazit

Insgesamt ist damit ein differenziertes Bild vom Gebrauch der Etymologien in den römischen Juristenschriften zu zeichnen: Zunächst sind nicht alle Etymologien dem dritten und vierten Grad zuzuordnen, sondern stellen oftmals auch offensichtliche Etymologien des ersten Grades dar. Aber auch die hier vorrangig untersuchten ätiologischen Etymologien der römischen Juristen sind nicht einem einheitlichen Zweck verpflichtet. Bekannt war die historisch-antiquarische Funktion der Etymologien, wie sie vorrangig in Pomponius' *enchiridion*, aber auch in Gaius' Zwölftafelkommentar zu Tage tritt. Wie die Einzelanalyse gezeigt hat, ist aber auch diese historische Betrachtung kein Selbstzweck, sondern dient der Aktualisierung und dem vertieften Verständnis der alten, aber noch verwendeten Rechtsbegriffe. Diese Teleologie wohnt auch den zur Unterweisung und Erläuterung formulierten Etymologien inne, wie sie meist zu Beginn einer Erörterung eines Rechtsinstitutes vorgestellt werden. Indem sie die wesentlichen Charakteristika des Rechtsbegriffes evozieren, dienen sie als Wegmarken der weiteren

127 Dies ist die bei Varro anzutreffende Etymologie, vgl. Varro LL V, 89.

128 Zum Begriff vgl. grundlegend J.F. Stagl, Favor dotis, 2009, bes. 317-334 mit 318f. zum Soldatentestament.

juristischen Erörterung und werden im Fortgang als unterstützendes Argument herangezogen, wobei die historisch-antiquarische Dimension dieser Etymologien unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann. Selbst in den überwiegend definitorischen Etymologien des Ulpians, die die historische Rückführung ganz in den Dienst der begrifflichen Prägung stellen, ist sie noch dadurch erkennbar, dass der Spätklassiker auf Labeos Etymologien zurückgreift und damit früheres Sprachwissen in den Dienst seiner Kommentierung stellt.

Wenngleich es auch angesichts der Überlieferungslage schwierig erscheint, ein abschliessendes Gesamturteil zu den Funktionen von Etymologien in den Juristenschriften zu fällen, so ist mit den bisherigen Überlegungen zunächst denjenigen zu widersprechen, welche die Etymologien als Schwäche der Jurisprudenz abgetan haben[129]. Umgekehrt dürfte die Vorstellung, dass die juristischen Etymologien einen verlässlichen Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte eines römischrechtlichen Institutes erlauben, wie es vor allem von Niederländer zum *furtum* vertreten worden ist[130], schon den Intentionen der Verwender der Etymologie nicht entsprechen: Genau wie in anderen Fachtexten dienen die juristischen Etymologien als Argument. Nur dies erklärt ihre Schwächen, ihre Angreifbarkeit, aber auch ihren Nutzen als Überzeugungs- und Darstellungsmittel in der juristischen Literatur.

Abstract

Etymologies tended to be neglected by Romanists. In recent philological research they have been proven to be a characteristic of scientific works („Fachtexte"). In order to clarify their significance it is important not only to analyse their structure, but also the context in which the etymology serves as an argument. In doing this research, one may distinguish etymologies as historical arguments (in Gaius' commentary on the Twelve Tables and Pomponius' *enchiridion*), etymologies as a didactical means (in Institutiones and introductions to monographs) and finally as a means of presentation (in edictal commentaries). The aetiological aspects of etymologies make them comprehend both – the teleological and the historical argument – depending on the author's intentions. This is why we need to take them, for what they are, namely neither proof of historical development, nor a weakness of juristic thought, but an argument.

129 Vgl. Schlerath (o. Anm. 7) 62f.

130 Vgl. Niederländer (o. Anm. 91) 257f. Zu einer vergleichbaren Entwicklungshypothese (des Bartolus) vgl. F. Battaglia, Furtum est contrectatio, 2012, 104-107 mwN.

IUS GENTIUM UND „FEINDESRECHT“: ANNÄHERUNGEN AN TRYPHONINUS D. 49.15.12.9 (4. DISP.)

Christian Baldus*

1. Einleitung: Was sagen die Quellen?

Nachdenklich und nachdrücklich hat der Jubilar sich dem Verhältnis von Recht und Philosophie gewidmet,[1] damit verbunden dem Völkerrecht und dem *ius gentium*.[2] Um eine Frage aus diesen Gebieten soll es im Folgenden gehen – aus Platzgründen in einiger Verkürzung.

Man pflegt in der Darstellung des *ius gentium* praktische und theoretische Aspekte zu verbinden, bisweilen in unklarer Weise. Man erwähnt die Anwendung der als *ius gentium* bezeichneten Regeln auf Nichtrömer, und man zitiert eine berühmte Stelle aus Gaius' *Institutiones* dafür, dass die Vorstellung von *omnes populi qui legibus et moribus reguntur* diese römische Anwendung des *ius gentium* auf Nichtrömer getragen habe.[3] Was das eine mit dem anderen historisch und politisch zu tun hat, was die realen Funktionen des *ius gentium* waren, das ist kaum sicher zu bestimmen.[4] Schlagwortartig: War es lediglich praktisches Fremdenrecht[5] oder auch Reserverechtsordnung für innerrömische

1 Mittlerweile klassisch: L Winkel, „Le droit romain et la philosophie grecque. Quelques problèmes de méthode“ TR 65 (1997) 373-384.

2 Zuletzt: L Winkel, „Les Peregrini et le droit romain“, in: E Chevreau / D Kremer / A Laquerrière-Lacroix (Hrsg.), *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert* (Paris 2012) 871-879. – Teils andere, auch polemische, Akzente in der deutschen Debatte bei O Behrends; zuletzt: „Die Stipulation des vorklassischen und des klassischen Ius gentium und die Frage der zulässigen Sprachen. Alle oder nur Lateinisch und Griechisch?“, in: K Muscheler (Hrsg.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag* (Berlin 2011) 57-96. Nach wie vor grundlegend: M Kaser, *Ius gentium* (Köln / Weimar / Wien 1993).

3 Gai. 1.1; vgl. Inst. 1.2.1.

4 Darauf ist an anderer Stelle zurückzukommen; vgl. für die Position des Verf. zuletzt: C Baldus, „Art. *Ius gentium*“, in: Akademie der Wissenschaften und der Literatur zu Mainz (Hrsg.); H Heinen & al., *Handwörterbuch der antiken Sklaverei* (Stuttgart 2012) mwN.

5 Vgl. bei MF Cursi, „‚Captivitas' e ‚capitis deminutio'. La posizione del ‚servus hostium' tra ‚ius civile' e ‚ius gentium'“, in: *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* (Napoli 2001), II, 295-340 (330) im Anschluss an Gabrio Lombardi: „accezione (…) tecnica“.

* Lehrstuhl für Römisches Recht und Zivilrecht, Direktor, Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft, Romanistische Abteilung, Universität Heidelberg.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 61-69

Verhältnisse[6], Ausdruck philosophischen Universalismus[7] oder umgekehrt weithin Ideologie[8]? Der Quellenbestand erlaubt keine sicheren Aussagen, das Verhältnis von Schul- und Praktikerliteratur[9] ist auch für die Frage nach der realen Rolle des *ius gentium* ungewiss. Skepsis ist jedenfalls gegenüber aktualisierenden Vergleichen mit heutigem Internationalem Privatrecht oder heutiger Rechtsvergleichung geboten. Im Kern macht der römische Jurist von eigenen Instrumenten Gebrauch.

Die geringe Zahl der Quellen, die ausdrücklich vom *ius gentium* sprechen, legt jedenfalls einen Vorbehalt nahe: Wenn wir wirklich wissen wollen, inwieweit die römischen Juristen (oder einzelne von ihnen)[10] auf peregrine Vorstellungen blickten,[11] dann müssen wir auch solche Fälle analysieren, in denen eine Auswirkung solcher Vorstellungen sich lediglich indirekt erschließen lässt – aus Fragen, Thesen, Begriffen, Namen, sonstigen Indizien. Es ist also eine Vielzahl von Exegesen zu potentiell einschlägigen Stellen nötig. Das ist im hier gegebenen Rahmen nicht möglich.[12]

2. *Hostium iure manumittere?*

2.1 Kontext

Eine – selten behandelte[13] – Quelle provoziert besondere Nachfragen, schon weil ihre Wortwahl auffällt: Tryphonin nennt das Recht einer fremden (nicht namentlich benannten) Gemeinschaft „*ius hostium*“, Recht der Feinde, und er diskutiert, welche Wirkungen dieses Recht in Rom entfalten könne. Der Zusammenhang: Es geht um das *postliminium*, das Wiederaufleben von Rechtspositionen, die durch Kriegsgefangenschaft

6 Dies ventiliert C Baldus, „Iure gentium adquirere. Una duplex interpretatio in tema di acquisto della proprietà a titolo originario“ Seminarios Complutenses de Derecho Romano IX-X (1997-1998) 103-131 (125).

7 In dieser Richtung etwa W Waldstein, „Zur naturgegebenen Gemeinschaft unter den Völkern in Liv. 5, 27, 6“, in: Muscheler (n 2) 731-745; vgl. weiterhin TJ Chiusi, „Zur Idee des Universalismus des römischen Rechts bei Livius“, in: Muscheler (n 2) 105-127 (120f.); andere (s. aber Waldstein 740) Prämissen bei Behrends (etwa n 2).

8 Dafür etwa F Sturm, „Ius gentium. Imperialistische Schönfärberei römischer Juristen“, in: Muscheler (n 2) 663-669: nur ein „Topos“ sei ab der Hochklassik geblieben.

9 Soweit man denn so unterscheiden kann. Zu der Notwendigkeit, Fritz Schulz' Werktypenlehre neu zu durchdenken, C Baldus, „I concetti di *res* in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del *praetor urbanus*“, Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo (AUPA) 55 (2012) 41-74 (50ff.).

10 Das führt zu der Frage, wieviel Individualität bei einzelnen römischen Juristen erkennbar ist, vor allem in dogmatischer Hinsicht. Näher C Baldus / M Miglietta / G Santucci / E Stolfi (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen / Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi. Atti del Convegno Montepulciano 14-17 giugno 2011* (Trento, 2012).

11 Vgl. R Martini, „Diritto romano e diritti stranieri“, Index 26 (1998) 409-416.

12 Zum Problem C Baldus, „Interculturalità e ius gentium: nel diritto delle successioni? (Villa-Vigoni-Gespräch Römisches Recht und fremde Kulturen – Interkulturelle Einflüsse und Abhängigkeiten in der Antike, 29.9. – 2.10.2013)“, Druck i.V. a cura di F Milazzo e P Gröschler (Lecce, 2014).

13 Ausführlich im neueren Schrifttum K Fildhaut, *Die libri disputationum des Claudius Tryphoninus. Eine spätklassische Juristenschrift* (Berlin 2004). Ob der Begriff *ius hostium* vor Tryphonin bereits privatrechtlich gebraucht wurde, bleibt zu klären; s. einstweilen n 30.

eines Römers oder durch Verlust eines ihm gehörenden Objekts an den Feind (dann: sog. *postliminium rerum*) untergegangen waren.[14]

Bis D. 49.15.12.5 werden verschiedene Rechtsverhältnisse behandelt, dann kommt in § 6 die Aussage „*Cetera quae in iure sunt, posteaquam postliminio redit pro eo habentur, ac si numquam iste hostium potitus fuisset*“: In allen bislang nicht genannten Fragen werde hinwegfingiert, dass der Berechtigte je in der Hand der Feinde gewesen sei. Bei dieser Aussage bleibt Tryphonin jedoch nicht stehen, sondern geht zu der schwierigen Frage aus dem Bereich des *postliminium rerum* über, wem ein Sklave gehöre, den ein Römer (aber nicht der ursprüngliche Herr) von den Feinden freigekauft habe. Nach einer Spezialnorm über solche Freikäufe, der *constitutio de redemptis*,[15] wurde der Freikäufer anscheinend[16] zwar Eigentümer, musste den Sklaven aber innerhalb eines Jahres[17] an den früheren Eigentümer herausgeben, wenn dieser den Preis ablösungshalber[18] zu erstatten bereit war. So wurde der Freikauf gefördert und das Innenverhältnis der Prätendenten mit einem an die Ersitzungsregeln angelehnten Mechanismus[19] ausgeglichen.

Tryphonin erörtert in §§ 7 und 8, inwieweit auch nach Erlass der *constitutio* die römischen Ersitzungsregeln eingreifen und welche Rolle guter Glaube des Freikäufers spielen kann. Ergebnis der Erwägungen Tryphonins bis hierher ist, dass in den näher diskutierten Konstellationen der Freikäufer Eigentum an dem Sklaven erwerbe.[20] Der zweiseitige Interessenkonflikt zwischen dem alten und dem neuen Eigentumsprätendenten wird also prinzipiell zugunsten des neuen gelöst. Der nächste Schritt ist unser § 9 (weitere Variationen in §§ 10-18). Hier kommt der Freigelassene selbst ins Spiel, und ebenso das, was uns interessiert: das fremde Recht.

14 Vgl. C Baldus, „Art. *Captivitas / Postliminium*“, in: *Handwörterbuch* (n 4). Zur *lex Cornelia* und ihrer Auslegung zuletzt S Lohsse, „Die Beerbung des Kriegsgefangenen“, in: JD Harke (Hrsg.), *Facetten des römischen Erbrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts* (Berlin 2012) 79-111 (80-84; 104f. zu D. 49.15.12.1).

15 Genauer Inhalt und Datierung sind str.; ausführlich MV Sanna, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus* (Cagliari, 1998) mwN.; *eadem*, *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus* (Cagliari, 2001) 18-26. Für die herrschende zeitliche Einordnung in die Spätklassik jetzt wieder M Armgardt, *Antikes Lösungsrecht – eine Untersuchung zum jüdischen, griechisch-hellenistischen und römischen Recht* (Habil. Köln, unv.) 276-282 mwN. Ich danke Herrn Kollegen Armgardt für die freundliche Überlassung des § 23 aus seinem Typoskript.

16 Die Konstruktion im Einzelnen ist umstritten. Für die Lehre, dass der *redemptor* auflösend, der *prior dominus* aufschiebend bedingt Eigentum erwerbe, jüngst wieder Armgardt (n 15) § 23 *passim*; skeptisch etwa Fildhaut (n 13) 153 m. Fn. 610, beide mwN.

17 Zur Berechnung Sanna (n 15) 56f. m. Fn. 84. Es wird vertreten, dass die Frist nicht auf dem Gesetzestext, sondern auf *interpretatio* beruhte: Fildhaut (n 13) 192.

18 Bisweilen werden Eigentumszuordnungen dadurch abgefedert, dass man der weichenden Partei das Recht zubilligt, gegen Erstattung des Preises oder Wertes die Sache zurückzubekommen. Ausführlich Armgardt (n 15), nicht nur in § 23.

19 Vgl. S Lohsse, „Die Ersitzung im Spannungsverhältnis des ius postliminii und der fictio legis Corneliae“, in: H Altmeppen / I Reichard / M Schermaier (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag* (Heidelberg 2009) 665-699.

20 Zur Konstruktionsproblematik s. nochmals n 16.

2.2 Sachverhalt und Rechtsfragen

> D. 49.15.12.9 (Tryphoninus 4. disp.): Manumittendo autem utrum desinit tantum dominus esse et relictus ab eo servus in ius prioris domini redit? an et liberum eum facit, ne praestatio libertatis dominii fiat translatio?

Die *quaestio*: Wenn der Freikäufer den Sklaven nun freilässt, lebt dann auf irgendeinem Wege Eigentum des früheren *dominus* wieder auf? Es geht jedenfalls um die Freiheit des Sklaven und damit möglicherweise auch um den Interessenkonflikt zwischen zwei römischen Eigentumsprätendenten. Das ist nicht mit einem allgemeinen *favor libertatis*[21] zu erledigen. Tryphonin bildet den Fall, dass der Sklave bereits bei den Feinden freigelassen wurde (*apud ... liberatur*, Passiv; es wird also nicht ausdrücklich gesagt, von wem), der alte *dominus* (wo?) aber wieder in seinen Besitz gekommen ist[22] und sich der Sklave sodann wieder diesseits der römischen Linien befindet:

> certe apud hostes manumissus liberatur, et tamen si eum nanctus dominus ipsius vetus intra praesidia nostra fuisset, quamvis non secutum res nostras, sed dum eo consilio venisset, ut ad illos reverteretur, servum retineret iure postliminii.

Die wenigen neueren Autoren, die sich zur Stelle äußern, sagen kaum etwas zum konkreten Sachverhalt. Die äußerst dogmatisch formulierten Wendungen Tryphonins scheinen es auch zu ermöglichen, dass man sich gleich der juristischen Kernfrage zuwendet (worin auch immer diese nun gesehen werde).[23] Allein die folgenden Sätze sind zum Teil kaum übersetzbar, wenn man sich nicht für eine der denkbaren Sachverhaltsvarianten entscheidet – und auch die *quaestio* ist in mehrfacher Hinsicht deutbar: Es kann darum gehen, ob der Sklave auch ohne einen weiteren Freilassungsakt frei ist, darum, ob eine Freilassung durch den *redemptor* in Frage kommt,[24] oder darum, ob der *prior dominus* freilassen kann bzw. wirksam freigelassen hat. Für jede dieser Deutungen finden sich Elemente in dem durchaus gewundenen Text. So kann es auch nicht verwundern, dass

21 Zur Freiheitsproblematik zuletzt vom Jubilar: LC Winkel, „Cujas, Fabrot, and once again Greek philosophy and Roman law: the cases of ‚libertas' and ‚error iuris' compared", in: JH Dondorp / J Hallebeek / T Wallinga / L.C. Winkel (Hrsg.), *Ius Romanum–Ius Commune–Ius Hodiernum, Studies in Honour of Eltjo J.H. Schrage* (Amsterdam / Aalen 2010) 429-437.

22 *nanctus*: vielleicht mit der Schattierung „ohne große Mühe" (eher als „zufällig").

23 Gerade unsere Stelle zeigt aber, dass man so weit als möglich von Sachverhalt und Prozesssituation ausgehen muss. Vgl. C Baldus, „Warum Exegese? Einige Thesen zur Methode der privatrechtlichen Romanistik", in: W Uruszczak / P Swiecicka / A Kremer (Hrsg.), *Leges sapere. Studies and Essays dedicated to Janusz Sondel* (Krakau 2008) 87-101.

24 So liest Fildhaut (n 13) 194 die Stelle, anscheinend in der Annahme, in der Abschlussfrage *quare igitur iste non habet ius manumittendi?* beziehe *iste* sich auf den *redemptor*, nicht auf den *prior dominus*. Ähnlich Armgardt (n 15) 261: „Tryphonin behandelt die Frage, ob der *redemptor* den Sklaven freilassen kann, bevor ihm seitens des *prior dominus* der Kaufpreis angeboten wurde und ob diese Freilassung auch zulasten des *prior dominus* wirkt." Für diese Deutung muss man aber möglicherweise die gesamte Passage von *et tamen* bis *civem Romanum dominum habuit* aus der Stelle entfernen oder für eine Gegenposition zu Tryphonins eigener Ansicht erklären (s. nächste n).

dieser Text als (polemischer) Dialog zwischen verschiedenen Positionen gelesen worden ist.[25]

Man könnte annehmen, dass in dem Fall der Freilassung *apud hostes* gar kein Freikauf vorliege, denn der *certe*-Satz spricht nicht davon. Dagegen spricht möglicherweise der sprachliche Zusammenhang der in für Tryphonin durchaus typischer Weise[26] komponierten Stelle; es ist jedoch von autoritativer Seite[27] vertreten worden, wir hätten es sachverhaltlich einerseits mit einer Freilassung beim Feind zu tun, andererseits – und hiervon gedanklich getrennt – mit Rechtsstreitigkeiten unter Römern nach Rückkehr des Sklaven. Für die Lösung dieser Streitigkeiten sei die Freilassung *apud hostes* lediglich als Vergleichsfall erörtert worden. Wer freigelassen hat, die Feinde oder der Freikäufer, wird nicht gesagt. Wer beim Feind rechtlich überhaupt freilassen kann, bleibt offen; Tryphonin kann dies offen lassen, da er dem *hostium ius* Eigenständigkeit zugesteht – darum soll es hier vor allem gehen. Jedenfalls kann „*apud hostes manumissus*“ vor *liberatur* Vorzeitigkeit oder Gleichzeitigkeit der Freilassung in Bezug auf das Freiwerden ausdrücken. Das Freiwerden kann also noch beim Feind erfolgt sein, und dann nach dessen Recht, sodass sich die Frage nach innerrömischen Rechtswirkungen stellt. Es mag auch sein, dass Freiheit aus der Sicht des römischen Rechts erst mit Überschreiten der Frontlinie eingetreten war. Das alles kann auf dem hier zur Verfügung stehenden Raum nicht angemessen erörtert werden.[28]

Wir halten nur das Folgende fest: Im Raum steht, je nach Sachverhaltsrekonstruktion, eine teils unsichere Abfolge folgender denkbarer Elemente – Freilassung des Sklaven beim Feind; Freikauf; Erreichung römischen Herrschaftsgebiets durch den Sklaven; Freilassung des Sklaven durch den *redemptor*; Rückkehr des ursprünglichen Eigentümers (*prior dominus*) aus Feindesland; Geltendmachung eines Lösungsrechts durch den *prior dominus*.

2.3 *Ius hostium*, fremdes Recht, Internationales Privatrecht?

Auch ohne sichere Rekonstruktion des Sachverhalts lässt sich freilich etwas zum *ius hostium* sagen. Es wird inhaltlich zwar nicht näher bestimmt. Soweit es sich um einen praktischen Fall handeln sollte,[29] haben wir keine weiterführenden Indizien, und auch die außerjuristischen Quellen konturieren den Begriff für unsere Zwecke nicht weiter.[30]

25 Dies ist der Ansatz von Fildhaut (n 13) 192-196, die aber nicht ohne die Annahme einer Glossierung auskommt.

26 Dazu näher Fildhaut (n 13) *passim* mit Typenbildung.

27 Deutlich präziser als die meisten neueren Darstellungen: L Amirante, „Appunti per la storia della ‚redemptio ab hostibus‘“ Labeo 3 (1957) 7-59 (31ff., 32).

28 Eine nähere Erörterung der Sachverhaltsvarianten und ihrer Plausibilität an anderer Stelle sei vorbehalten. Hier muss auch offen bleiben, was die Stelle zu der Frage nach einer Lehre vom Rechtsobjekt bei Tryphonin beiträgt: Kann möglicherweise als Person wiederkommen und danach Person bleiben, wer als Sache gefangen genommen worden war?

29 Die *disputationes* sind bekanntlich stark theoretisch geprägt. Auch die Palingenesie hilft bei der Suche nach praktischen Ausgangsfällen kaum weiter (vgl. O Lenel, *Palingenesia iuris civilis vol II* [Leipzig 1889, neugedruckt 1961] Spalte 355f., Fn. 1 zu Tryph. Nr. 13).

30 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Tac. *hist*. 4.58, Oros. *hist*. 5.6, jeweils im Sinne von „Kriegsrecht“.

Es ist aber offenbar *ius*, denn es regelt die Freilassung des Sklaven, und für die *hostes* ist der Sklave dann frei. Das setzt Tryphonin offenbar voraus, indem er ausdrücklich sagt, dass dieses Recht unter Römern *keine* Rechtswirkungen entfaltet – jedenfalls nicht unter Römern, die sich diesseits der römischen Linien aufhalten. Denkbar ist, dass eine Partei die gegenteilige Behauptung aufgestellt hatte und Tryphonin deswegen Anlass zur Klarstellung sah; es mag aber auch seine Freude am Variieren theoretisch interessanter Fälle eine Rolle spielen.

Jedenfalls: Weil und soweit es um einen Streit unter Römern auf römisch beherrschtem Gebiet geht, kann Tryphonin das *ius hostium* für unerheblich erklären. Es besteht also eine andere, äußere Sphäre, und was dort gilt, ist ebenfalls Recht. Dies ist alles andere als selbstverständlich.

Damit ist zugleich die Möglichkeit eines „Internationalen Privatrechts" angesprochen. Die Existenz eines solchen Rechts lässt sich für die römische Antike bekanntlich nicht sicher belegen, eben weil das *ius gentium* einseitig einheitliches Sachrecht bereitstellte.[31] Wie weit einzelne Stellen tragen, die fremdes Recht nennen, ist umstritten.[32] Eine neuere Gesamtdarstellung des Problems (idealerweise unter Einbeziehung dokumentarischer Quellen) fehlt. Immerhin lässt sich unsere Quelle in modernen Kategorien so lesen, dass das römische *forum* in der Frage des Freiheitsstatus (sozusagen des Personalstatus) römisches *ius* anwendet, jedenfalls sofern die Person, um deren Freilassung es geht, zurückgewonnen ist. Das *forum* der Feinde hingegen kann sein eigenes Recht anwenden.

Mit *ius gentium* hat Tryphonins Rekurs auf das „Recht der Feinde" wenig zu tun. Es wird gerade nicht in Fällen angewandt, die über die römische Sphäre hinausgehen; es wird ihm gerade keine Universalität zugeschrieben, mit welcher theoretischen oder praktischen Zielsetzung auch immer. Möglicherweise berührt es von ferne die Rolle des *ius gentium* als Reserverechtsordnung: Auch für Streitigkeiten unter Römern kann es den Juristen argumentativ dienlich sein, aber nur punktuell und jedenfalls indirekt, nämlich negativ.

3. Ergebnisse und Perspektiven: „Feindesrecht" und Ideologie

Seit einiger Zeit ist eine Entwicklung zu beobachten, die gerade einen so sensiblen Beobachter wie Laurens Winkel nicht unberührt lassen kann:[33] Dubiose Kategorien, zurückzuführen auf Schreibtischtäter wie Carl Schmitt,[34] tauchen wieder in

31 So die klassische Lehre: M Kaser, *Das römische Privatrecht*. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht (2. Aufl. München 1971) 202.

32 Namentlich in Gai. 3.120 (… *et alio iure civitas eius utatur* …) wird ein Ansatz gesehen (str.), vgl. Kaser (n 31) 202 m. Fn. 4.

33 Vgl. namentlich seine einführenden Bemerkungen in dem Aufsatz „Franz Wieacker, Romanist und Rechtshistoriker, zwei Seelen in einer Brust?", in: O Behrends / E Schumann (Hrsg.), *Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts* (Göttingen 2010) 213-221.

34 Dazu nur B Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich. Wissenschaft als Zeitgeistverstärkung?* (München 1989).

rechtspolitischen Diskussionen auf, nach dem Willen der Protagonisten solcher Wiederbelebungen von den Tabus befreit, mit denen sie lange und zu Recht umgeben waren. Das betrifft auch den „Feind“, emphatisch stilisiert zum Todfeind, dem dann die Rechtsordnung keine uneingeschränkt rechtskonforme Behandlung schulden soll. In solchen Thesen liegt günstigstenfalls eine Bankrotterklärung eben jenes neuzeitlichen Staates, dessen große Leistung doch die rechtliche Erfassung und Bändigung auch existentieller Konflikte war. Das römische Recht kann solchen Tendenzen nicht unmittelbar entgegengehalten werden, weil es unmittelbar nur über seine eigene Zeit Auskunft gibt. Aber es hilft – wie geschichtliche Betrachtung immer – zu einer gewissen Distanz.

Für Rom ist klar, dass es Feinde gibt: im militärischen und kriegsvölkerrechtlichen Sinne.[35] Sie können nicht unter eine allgemeine Kategorie der Fremden subsumiert werden; es gibt Regeln für Fremde,[36] und Fremde sind nicht *eo ipso* Feinde.[37] Feinde stehen gerade nicht außerhalb des Rechts – letzteres gilt nur für nicht in anerkannter Form organisierte[38] Personengruppen wie etwa Piraten. Feinde im Rechtssinne sind, positiv gefasst, vor allem Personen und Gruppen, deren Handeln kriegsvölkerrechtlich

35 Zur Unterscheidung zwischen Feinden in diesem Sinne und anderen Personen, namentlich Piraten, grundlegend K-H Ziegler, „Pirata communis hostis omnium“, in: M Harder / G Thielmann (Hrsg.) *De iustitia et iure. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag* (Berlin 1980) 93-103; seither etwa R Ortu, „Captus a piratis: schiavitù di fatto?“ Rivista di diritto romano 10 (2010) 1-12.

36 Vgl. auch in kulturgeschichtlicher Hinsicht: A Maffi / L Gagliardi (a cura di), *I diritti degli altri in Grecia e a Roma* (Sankt Augustin 2011).

37 Das ist mittlerweile auch und für frühere Epochen der römischen Geschichte völkerrechtsgeschichtlich weithin akzeptiert; vgl. nur A Maffi, *Ricerche sul postliminium* (Mailand 1992) 125. Grundsätzlich ebenso A Zack, „Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen während der Republik bis zum Beginn bis zum Beginn des Prinzipats. I. Teil: Fragen an Sextus Pomponius: Quellen- und sachkritische Untersuchungen zu Pomponius 37. lib. ad Muc. D. 49,15,5“, Göttinger Forum für Altertumswissenschaft 14 (2011) 47-119 (55-62 zur Forschungsgeschichte) und bereits idem, *Studien zum „Römischen Völkerrecht“. Kriegserklärung, Kriegsbeschluß, Beeidung und Ratifikation zwischenstaatlicher Verträge, internationale Freundschaft und Feindschaft während der römischen Republik bis zum Beginn des Prinzipats* (Göttingen 2001) 243-256: Im frühen römischen Recht habe zwar nicht „natürliche Feindschaft“ geherrscht, wohl aber sei zur Begründung von Rechtsverhältnissen ein Vertrag erforderlich gewesen (zu historischen Vorbildern dieser These s. auch L Loreto, „Rezension“ Gnomon 78, 2006, 85ff., 85). Ob eine solche Rückbindung an Verträge überhaupt erforderlich ist, darf bezweifelt werden (für die Position des Verf. s. C Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens* (Frankfurt a.M. u.a. 1998) 193f., 259-265). Unabhängig von den ideologischen Unterfütterungen, die manche Autoren vorgebracht haben, wird man doch eine Geltung bestimmter Regeln unabhängig vom vertragsförmig erklärten Willen des einzelnen Gemeinwesens annehmen können. (Vergleichbares gilt nach verbreiteter Ansicht für das *ius gentium*, s. *Cursi* (n 5) 330-333.) Zu literarischen Indizien für das Feindschaftsmodell aber LC Winkel, „Einige Bemerkungen über *ius naturale* und *ius gentium*“, in: MJ Schermaier / Z Végh (Hrsg.), *Ius est ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein* (Stuttgart 1993) 443-449 (445f.).

38 S. nur Cursi (n 5) 337ff.

zu beurteilen ist. Dieses Handeln wird von der römischen Rechtsordnung[39] also auch rechtlich betrachtet und bewertet, nicht nur politisch.

Vergleichbares gilt für das Privatrecht. Die römische Rechtsordnung muss nicht übernehmen, was *hostium iure* geschieht. Aber sie akzeptiert das *hostium ius* als eine Ordnung, die in deren eigenem Binnenbereich gilt. Die bekannteste Konsequenz dieser Haltung, wurzelnd im Reziprozitätsprinzip, ist im dogmatischen Umfeld unserer Tryphoninstelle die Behandlung des gefangenen Römers als Sklave.[40] Die Sklaverei, als Institut des *ius gentium* akzeptiert,[41] kann vom Recht der Feinde gegen Römer und gegen die ursprünglich Römern gehörenden Sklaven praktiziert werden. Was das römische Recht dann tut, wenn der Sklave wieder zurückkehrt, entscheidet das römische Recht – *ius civile* oder *ius gentium* – wiederum unabhängig.

So zeigt die Spezialproblematik in D. 49.15.12.9 jene Mischung aus Selbstbewusstsein und Respekt, von der die Gegenwart etwas lernen kann – ganz anders als von der Etikettierung bestimmter Personen als „Feinde", mit der eine Rechtsordnung sich als solche selbst aufgibt.[42] Rom kennt Feinde und bekämpft sie, oft mit großer Härte, aber auch ihr Recht ist für Rom prinzipiell Recht. Dies ist die Haltung einer selbstbewussten Ordnung, die Philosophie lebt, auch ohne sie permanent im Munde zu führen. Wer hätte so viel zur Erkenntnis dieser Ordnung beigetragen wie der Jubilar, Historiker des römischen Rechts und der römischen Philosophie, aber auch Brückenbauer über jüngere geschichtliche Gräben? *Ad multos annos*!

Abstract

The expression *ius hostium* is quite uncommon in Roman legal language. It appears in Tryphoninus D. 49.15.12.9: the jurist deals with the legal status of a slave freed in enemy territory but then returned to territory controlled by the Romans. In a conflict between two Romans claiming the slave's property or between one of them and the slave, the rules on *postliminium* are applied regardless of what happened *iure hostium*. A complete exegesis of the difficult and somewhat sinuous text cannot be given here. However, Tryphoninus at least implicitly recognises the validity of the „enemies' law" for their

39 Namentlich in Italien und Spanien wird „Ordnung" in diesem Begriff leicht als Ausdruck von „Neopandektismus" verstanden. Im Hintergrund steht eine noch nicht ausgeleuchtete Begriffsgeschichte von Giuseppe Capograssi zu Riccardo Orestano. Hinweise demnächst bei C Baldus, „Esperienza giuridica", in: *idem* / S Schmon (Hrsg.), *Zivilprozess und Rechtserfahrung* (Frankfurt a.M. u.a. 2014). Vgl. neuestens J Giltaij / L Winkel, „Rechtsordnung als Begriff in der Historiographie des römischen Rechts", in I Reichard / M Armgardt / F Klinck (Hrsg.), *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag* (Berlin 2013), *non vidi*.

40 Dazu Cursi (n 5); Lohsse (n 19) 667.

41 Schon deswegen verbietet sich nach richtiger Ansicht eine Gleichsetzung von *ius gentium* und *ius naturale*, wie auch immer man das Verhältnis und die Bedeutung der beiden Begriffe positiv bestimmen mag. Vgl. Kaser (n 2) 75-79.

42 Vgl. J Bung, „Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person" HRRS 2006, 63-71.

own sphere. Furthermore, it cannot be excluded that his solution links one party of the case to its former conduct under foreign law. This is in line with the basic idea of reciprocity underlying Roman public international law as well as with the supposed universality of slavery as a legal institution. The enemy as defined by public international law is regarded as a subject of law and even as a possible creator of law, not as an entity outside the legal sphere.

DU DROIT ROMAIN DANS UNE JURISPRUDENCE TESTAMENTAIRE DE LA COUR D'APPEL DE CHIŞINĂU

Mircea Dan Bob*

L'an 2003 apportait notre toute première participation, jeune professeur de droit romain, aux Journées internationales de la Société Internationale "Fernand de Visscher" pour l'Histoire des Droits de l'Antiquité. Cette participation n'aurait pas été possible sans l'aimable insistance et l'encouragement constant de la part du professeur Laurens Winkel. On a eu ensuite plusieurs occasions de se revoir, lors des réunions de romanistes ou d'historiens du droit. Que cette petite contribution soit reçue en hommage et respectueux remerciement.

Nos recherches sur la jurisprudence publiée avant 1948 dans les revues juridiques roumaines ont attiré notre attention sur une très belle décision en matière successorale. Cette étude commence par la traduction libre de cette décision, suivie d'un commentaire.

1. Décision

"*Résumé de la décision*: Quand il suit du testament[1] que le testateur ait également laissé une *firta* de terre agricole[2] à son frère, demandeur dans l'action en annulation du testament, celui-ci ne peut pas obtenir l'annulation conformément aux codes de lois Harmenopoulos et Donici en vigueur en Bessarabie, même si la femme à qui il a légué la plus grande partie de son patrimoine serait une personne indigne. D'autant plus que l'erreur de ladite femme, d'avoir cohabité sans mariage avec le défunt testateur parce qu'elle n'était pas divorcée de son premier mari, apparaît explicable car, étant pauvre, elle n'avait pas les moyens financiers pour divorcer. Il s'ensuit que, même si son comportement est mal vu du point de vue moral par l'opinion publique et qu'il est puni par la loi, on ne peut pas

1 "Diata", selon la dénomination pratiquée par l'ancien droit roumain.

2 Dans le texte roumain: "o firtă de pământ". Cette notion (rencontrée parfois comme *cirtă, hirtă,* ou şirtă) a été utilisée plus fréquemment entre les 15e et 18e siècles comme unité de mesure pour les superficies agricoles; elle était l'équivalent de 0,2 ha (v. *http //www.patrimoniuimaterial.md/ro/pagini/registrul-fi%C8%99ele-elementelor-de-patrimoniu-cultural-imaterial-cunostin%C8%9Be-practici-%C8%99i-simboluri/unit%C4%83%C5%A3i-vechi-de-m%C4%83sur%C4%83*).

* Maître de conférences à l'Université "Babeş-Bolyai" de Cluj-Napoca, Roumanie.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 70-80

la classer dans la catégorie des personnes indignes, au sens donné par le droit romano-byzantin aux personnes *turpes*[3].

Considérants de la décision: Sur l'appel fait par Teodor Mândrescu, de la commune Meleşeni, département d'Orhei, contre la décision du Tribunal d'Orhei, no. 53 du 7 février 1924, par laquelle on a rejeté l'action en annulation du testament privé daté le 14 octobre 1918 et laissé par son frère défunt Ion Mândrescu, décision ayant validé le testament.

Attendu que, vu les actes du dossier, les dépositions des témoins et les allégations des parties, on constate les faits suivants:

Le 23 janvier 1920, Ion Al. Mândrescu est décédé à Meleşeni, département d'Orhei, en laissant plusieurs biens et un testament privé; par ce testament, daté le 14 octobre 1918, le défunt lègue: 1) à Sofia Petre Roşca, qu'il nomme 'mon épouse sans mariage religieux', un vignoble y compris la maison et la cour, deux lots de verger, un lot de terrain arable et un lot de forêt; 2) à Constantin Irescu, un lot de terre arable et un lot de forêt; 3) à Ion. V. Irescu, un lot de terre arable; 4) à Teodor Mândrescu, un lot de terre arable mesurant 0,2 ha.

Le testament étant déposé par Sofia P. Roşca en vue de validation au Tribunal d'Orhei, Teodor Mândrescu a fait contestation le 2 juillet 1920 et le Tribunal, après avoir jugé la contestation et la demande de validation, par sa décision no. 25 du 29 janvier 1923, a admis la contestation et a rejeté la demande en validation du testament.

Suite à l'appel fait par Sofia Roşca contre cette décision, la première section de la Cour d'Appel de Chişinău, par sa décision no. 194 de 1923 constate que, conformément aux arts. 1066*11* et 1066*13* du code civil russe[4], il faut introduire une action en annulation du testament, action qui suspendra la demande de validation – et non pas la contestation. Pour ces raisons, la Cour admet l'appel de Sofia Roşca, revoit la décision et rejette comme irrégulièrement faite la contestation.

Le 15 août 1923, Teodor Mândrescu demande l'annulation du testament, en citant Sofia Roşca, Constantin Irescu et Ion Irescu devant le Tribunal d'Orhei, pour les motifs suivants: 1) le testateur n'était pas en possession de toutes ses facultés mentales ni de sa mémoire; 2) le bien le plus claire de son patrimoine a été légué à Sofia Roşca, conjointe non mariée avec le défunt et non divorcée de son mari Vasile Mocanu.

Le Tribunal a trouvé bien-fondée l'action en annulation par sa décision no. 53 du 7 février 1924 et a validé le testament, tel que laissé par le défunt Mândrescu.

Vu le premier motif invoqué par l'appelant en première instance et aussi devant la Cour, que le testateur n'ait pas été dans la plénitude de ses facultés mentales lors de la rédaction du testament.

Même si les témoins Alexandru Buciunean et Neculai Roşca, proposés par l'appelant et entendus par la Cour, montrent comment le défunt Ion Mândrescu n'était pas en possession de ses facultés mentales, ces déclarations ne sont pas convaincantes vu les déclarations des témoins proposés par le même appelant en première instance[5], selon

3 Cour d'Appel de Chişinău I, no. 30 de 11 février 1925.

4 Les chiffres en italique '*11*' et '*13*' se réfèrent aux indices dans le code civil russe alors en vigueur.

5 Page 40 du dossier.

lesquelles le défunt avait uniquement des problèmes avec ses pieds et entendait avec difficulté.

En plus, les déclarations faites par les deux témoins mentionnés ci-dessus ne se réfèrent pas au moment de la rédaction du testament, tandis que les témoins qui ont participé à l'élaboration de cet acte, ainsi que celui qui a écrit l'acte, entendus conformément à l'article 1066[5] du code civil russe[6], ont déclaré que le défunt était sain d'esprit et jouissait d'une bonne mémoire[7]. En ajoutant le fait que le contenu du testament ne montre point la folie du testateur, car il laisse son patrimoine à ses deux frères – l'appelant parmi eux – à un neveu et à la femme Sofia Roşca, la Cour est convaincue que le défunt était dans un état normal en ce qui concerne ses facultés mentales quand il a rédigé le testament et que le motif invoqué par l'appelant n'est pas fondé.

Vu le deuxième motif d'appel, concernant le fait que le défunt Ion Mândrescu ait légué la plupart de son patrimoine à la dame Sofia Roşca, femme immorale, avec laquelle le défunt avait vécu en concubinage même si elle n'était pas divorcée de son époux, motif appuyé en droit sur les codifications locales Harmenopoulos et Donici, applicables en Bessarabie.

Vu les dispositions comprises dans le chapitre V, titre VIII, article 1675 de l'Hexabible d'Harmenopoulos, 'les ascendants et les descendants, c'est-à-dire les père et mère et les enfants, indépendamment de ceux à qui ils seront confrontés, ont le droit de porter plainte pour l'injustice d'un testament quand le testateur les a écartés de la succession, exception faite de la situation où il les a légué la part prévue par la loi ou de celle où ils se sont montrés ingrats envers lui; les collatéraux d'autre part, c'est-à-dire les frères et leurs successeurs, peuvent seulement porter plainte quand les héritiers désignés dans le testament sont des personnages ignobles, comme des cochers, des bouffons, des gladiateurs ou des personnes qui entretenaient avec lui une relation honteuse'; ainsi que le chapitre XXXVI,13 de la collection Donici: 'les fils ainsi que les père et mère peuvent porter plainte contre le testament, quand il les écarte de la succession ou quand il ne les laisse pas la part légale prévue par le code, en prouvant leurs droits, tandis que les frères et ceux issus des frères peuvent le faire quand, écartés du testament rédigé par leur frère, les héritiers institués apparaissent indignes'[8].

Il suit de ces dispositions que cette action contre le testament injuste sera initiée uniquement dans le cas où l'héritier a été omis ou écarté de la succession. S'il a été institué pour une partie plus grande ou plus petite de la succession, il n'a plus d'action.

A l'appui de cette interprétation viennent les sources du droit romano-byzantin, c'est-à-dire les Digestes, les Constitutions et les Novelles, ainsi que les Basilicales des empereurs Léon le Philosophe et Basile le Macédonien, la collection d'Harmenopoulos étant une synthèse de ce dernier ouvrage, connue sous le nom de Six livres-sources de droit, auquel on doit s'adresser chaque fois qu'on trouve des dispositions imprécises ou contradictoires dans les collections d'Harmenopoulos et de Donici. Les deux dernières n'ont en fait jamais été reconnues comme lois en Bessarabie mais plutôt comme des

6 Voir n. 4.

7 Pages 72 et 73 du dossier.

8 Le rédacteur de la décision s'est trompé ici de référence législative: il ne s'agissait pas du chap. XXXVI art. 3, mais du chap. XXV art. 17.

manuels à consulter par les tribunaux (v. Erbiceanu, *Legiuiri locale basarabene* (66)[9]; Pergament, *Aplicarea legilor Armenopol* şi *Donici*[10]).

L'action en nullité, prévue par les dispositions reproduites ci-dessus d'Harmenopoulos et de Donici sur lesquelles se fonde l'appelant, n'est pas autre chose que la *querella inofficiosi testamenti* du droit romain.

Vers la fin de la République, le testament qui ne tenait pas compte des proches parents était considéré contraire aux devoirs moraux (*inofficiosum*); on a admis la plainte portée contre un testament inéquitable par les parents proches exclus ou omis sans juste motif et le tribunal centumviral annulait le testament, en se fondant sur l'argumentation selon laquelle un homme sain n'aurait pas pu oublier ses parents, sa disposition étant faite dans un moment de folie.

On n'admettait à l'époque de Constantin que la *querella* des ascendants et des descendants, tandis que celle des frères seulement dans le cas où la disposition était faite au profit d'une personne *turpis*.

Jusqu'à Justinien, on admettait la *querella* aussi pour les cas où on n'a pas reçu le quart de ce qu'on aurait pu hériter ab intestat.

Justinien a limité par une loi de 528 l'exercice de la *querella* au cas où un héritier légitime était exclu de la succession, en statuant que chaque fois où une partie du patrimoine ait été laissée à un héritier sous n'importe quel titre, même en dehors du testament, celui-ci ne pourra plus demander l'annulation du testament, mais il peut seulement obtenir un complément pour la part qui manque à la quote-part légale; cette action s'appelait *complectoria* ou *supletoria*.

La Constitution de 537 (Novelle 18) et celle de 542 (Novelle 115) ont apporté des modifications au régime de la *querella*, concernant uniquement les ascendants et les descendants et en laissant en vigueur les dispositions antérieures sur les frères et les sœurs.

Mais, selon la même Novelle 115, l'héritier légal a la *querella* seulement à sa disposition s'il a été omis ou exhérédé injustement; par contre, s'il a été inscrit dans le testament avec une part quelconque, il a l'action en supplément à sa disposition (Maintz, Dr. Romain, vol. III, pp. 377 et suivantes[11]).

Il en résulte que la procédure de la *querella*, dans sa dernière phase d'évolution, en droit byzantin, a été soumise pour les frères et sœurs aux deux conditions suivantes: 1) qu'ils soient omis et 2) qu'on a préféré à leur place une personne *turpis*, indigne.

En l'occurrence alors, l'appelant, frère du défunt, parce qu'il a reçu un morceau de terre en vertu du testament dont il demande l'annulation, ne peut pas disposer de cette action, même si Sofia Roşca, au profit de qui une grande partie du patrimoine ait été léguée, serait une personne indigne.

9 Vespasian Erbiceanu, *Legiuiri locale basarabene. Istoric, text* şi *jurisprudenţă* (*Lois locales bessarabiennes. Historique, texte et jurisprudence*), Chişinău, 1921. Une erreur de citation cette fois: p. 66 au lieu de p. 3.

10 Iosif Pergament, *Aplicarea legilor Armenopol şi Donici* (*L'application des lois Harmenopoulos et Donici*), Sankt Petersburg, 1905, traduction roumaine A. Varzar et P. Davidescu, Chişinău, 1925.

11 Encore une erreur du rédacteur, dans l'orthographe du nom: Charles Maynz, *Cours de droit romain*, 4e éd., tome III, Bruylant, 1877.

En plus, l'appelant ne peut pas demander l'annulation intégrale du testament, tenant compte du fait que dans celui-ci apparaissent institués pour certaines portions du patrimoine, non seulement Sofia Roşca mais aussi un autre frère du testateur et un neveu, les deux derniers figurant en tant que défendeurs dans l'action en annulation et soutenant tous les deux le maintien du testament.

En supposant de manière hypothétique que les frères, même prévus dans le testament pour une partie du patrimoine, puissent intenter l'action en annulation du testament, examinons si l'allégation de l'appelant basée sur l'immoralité de l'instituée héritière Sofia Roşca est fondée et puisse avoir comme effet l'annulation du testament, conformément aux textes d'Harmenopoulos et de Donici reproduits ci-dessus.

Attendu que le texte d'Harmenopoulos n'est pas identique dans cette matière à celui de Donici, parce que le premier utilise les expressions 'personnages ignobles, comme des cochers, des bouffons, des gladiateurs ou qui entretenaient avec lui une relation honteuse', tandis que le deuxième utilise 'méchants et malhonnête', on est obligé encore une fois de se référer aux sources de droit romano-byzantin.

Attendu que, comme montré déjà dans la description de son histoire, la *querella* a été restreinte en droit byzantin aux ascendants et descendants, tandis que pour les frères on a fixé comme condition le fait d'avoir préféré à leur place une personne *turpis*.

Par turpitude ou *infamia facti* on comprend en droit romain, par opposition à *infamia iuris*, l'infamie découlant de la déconsidération de fait dont sont frappées par l'opinion certaines personnes; les personnes *turpis* ne peuvent pas figurer là où un nom sans tache est demandé, elles ne peuvent pas fonctionner comme tuteurs, témoins etc. (Girard, Dr. Romain, 193)[12].

Attendu que les déclarations sur l'immoralité de Sofia Roşca faites par les témoins de l'appelant ont été contredites par celles des défendeurs, la Cour n'est pas convaincue que la personne en question était une femme dépravée, vivant avec plusieurs hommes, comme l'appelant a demandé de prouver; néanmoins, on peut constater sans aucun doute que Sofia Roşca, pas divorcée légalement de son époux Vasile Mocanu, avec lequel elle était mariée depuis 1903, a quitté un an après son mariage le domicile conjugal de Gugineşti, département d'Orhei, pour se rendre à Meleşeni, département de Chişinău, où elle s'est engagée au début comme femme de ménage au service du défunt Ion Mândrescu, avec lequel elle a vécu sans être mariée avec lui, comme reconnu par elle-même, en dirigeant son ménage et en lui octroyant des soins et des soulagements dans ses dernières années, quand il était paralytique, incapable de quitter son lit de souffrance.

Attendu que cette erreur de Sofia Roşca, celle de vivre sans mariage avec le défunt Mândrescu pendant qu'elle n'était pas divorcée de son mari, est explicable en grande partie par la difficulté pour une femme pauvre d'obtenir le divorce – si aujourd'hui, du point de vue moral, ceci constitue un acte condamné par l'opinion publique et puni par la loi uniquement sur demande du mari, ce qui n'est pas le cas en l'occurrence – ceci ne peut pas avoir comme effet son classement dans la catégorie des personnes indignes, au sens donné par le droit romano-byzantin aux personnes *turpis*, sens envisageant une certaine occupation ou profession qui attirent le mépris publique, comme les bouffons,

12 Paul-Frédéric Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2e éd., Paris, 1898.

les prostituées et cetera, et qui, comme on l'a vu, sont frappées par une *infamia facti* générale.

Le concubinage était permis chez les Romains; mais il a été interdit sous l'influence de la religion chrétienne, ce qui explique la disposition de l'article 1452 Harmenopoulos: 'Personne ne saura oser entretenir une concubine'.

Mais ces dispositions ne sont pas sanctionnées ni par la perte du droit d'être héritier testamentaire ni par la stigmatisation d'une concubine comme une femme peu louable, indigne, exception faite pour une dépravée ou une prostituée.

En conséquence, le fait que le défunt Mândrescu ait légué une partie de son patrimoine à la femme Sofia Roşca, avec laquelle il avait vécu pendant 15 ans et qui lui a prêté l'attention d'une bonne épouse, ne peut pas être cause d'annulation du testament; celui-ci représente l'accomplissement d'une obligation naturelle envers une femme qui a sacrifié sa jeunesse et qui a soigné, comme les témoins le démontrent, le disposant malade, obligation qui est en concordance avec les termes de l'article 1766, livre 5 & 2 Harmenopoulos; celui-ci admet l'octroi d'un droit de succession aux enfants naturels et à l'amante, même en concurrence avec les enfants légitimes – solution également trouvable au chapitre 36 alin. 4 Donici.

Attendu que, à côté des lois locales, en faisant référence aux principes généraux de droit, les auteurs et la jurisprudence admettent que, uniquement quand le but de la disposition testamentaire a été le commencement et la continuation de relations immorales de concubinage, et que le legs laissé à la concubine aurait été le résultat du vice, pourrait-on annuler le testament sur base de la cause de moralité.

De même au cas où le concubinaire aurait utilisé le concubinage en vue de captation et de suggestion sur la personne du testateur, ce qui n'a pas été prouvé en l'occurrence (v. Planiol, vol. III no. 2843; Pandectes roumaines III an.I page 72)[13]; il en résulte donc que l'action en annulation du testament ne peut pas réussir du point de vue de la moralité de la bénéficiaire légataire Sofia Roşca.

Pour ces raisons, rédigées par M. le conseiller R. Vălenescu, la Cour rejette l'appel.

(ss) *Vasile Popovici, R. Vălenescu, I. Todorovschi.*

(ss) *Dan Ghintescu* (pour le Grefier)"[14].

2. Commentaire

La Cour d'Appel de Chişinău (à l'époque de cette décision, une des Cours d'Appel de la Grande Roumanie issue de la première guerre mondiale) a eu l'occasion de se prononcer sur un dossier relatif à un problème qui, même aujourd'hui, est encore assez courant dans ses faits: le *decujus* avait légué une partie importante de son patrimoine à la servante avec qui il avait vécu pendant quinze ans et qui l'avait soigné dans ses années de faiblesse physique. Le frère mécontent invoque sans succès l'absence de

13 Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, Paris, 1913, vol. III no. 2943 bis – encore une erreur de la part du rédacteur de la décision; Pandectes roumaines III an. I p. 72.

14 Décision publiée dans la revue "Buletinul Curţilor de Apel" 1925, pp. 131-136.

discernement et demande à plusieures reprises l'annulation de l'acte de dernière volonté, en arguant que la légataire entrerait dans la catégorie des personnes indignes. Il invoque à l'appui de ses prétentions les dispositions légales du Manuel d'Andronache Donici et de l'Hexabible d'Harmenopoulos sur le régime du testament ayant injustement exhérédé certains héritiers légaux.

1. Le cadre législatif est la première question sur laquelle il faut s'arrêter. L'union de la Bessarabie avec le Royaume de Roumanie en 1918 n'a pas été immédiatement accompagnée d'une unification législative. Les lois locales en Bessarabie ont été laissées en vigueur jusqu'au 1er juin 1928, quand l'application du code civil roumain de 1865 y a été étendue.

L'Hexabible a été une synthèse en langue grecque de la compilation justinienne et de quelques sources romaines ante-justiniennes, réalisée en 1345 par le juge Constantin Harmenopoulos de Thessalonique. C'était la dernière incorporation directe du droit classique romain dans le monde juridique byzantin. L'ouvrage a laissé au dix-neuvième siècle trois empreintes dans l'espace roumain[15]:

- en 1804, la politique de codification modernisatrice du prince régnant Alexandru Moruzi a conduit à la nomination du juriste Toma Carra à la tête d'une commission qui a traduit en roumain l'Hexabible pour donner un code à la principauté de Moldavie;
- en 1821, le "professeur des lois" Constantin Chrysokefolos a initié la rédaction d'un *Neos Harmenopoulos*, dont il a seulement finalisé l'introduction en langue néo-grecque;
- en 1835, Christian Flechtenmacher, jurisconsulte de l'Etat, traduit encore une fois en roumain l'Hexabible.

Aucune de ces versions n'a été mise en vigueur; elles ont été utilisées comme des vadémécums pour les praticiens du droit.

Andronache Donici, haut fonctionnaire dans ce qu'on appellerait aujourd'hui le ministère des affaires étrangères, ensuite président de ce qu'on appellerait actuellement le tribunal de droit international privé de la principauté de Moldavie, a été un érudit qui a remis en 1813 au prince régnant Scarlat Calimachos son projet de code. Entré en vigueur en 1814, il a fonctionné officiellement jusqu'en 1817, quand le Code Calimach l'a remplacé; mais les praticiens n'ont pas cessé de l'utiliser en Moldavie jusqu'en 1831, quand la traduction roumaine de la version originale grecque du Code Calimach a été publiée.[16]

La décision rapportée de la Cour d'Appel de Chişinău se fonde sur les dispositions du Hexabible et du Manuel de Donici. Leur survie législative a été possible parce que la politique d'intégration initiée après l'occupation de la Bessarabie par l'Empire tzariste en

15 Voir Erbiceanu, *Legiuiri ... cit. supra*, pp. 17-18; Victor Onişor, *Istoria dreptului român* (*Histoire du droit roumain*), vol. I, Cluj, 1925, pp. 301-305; Valentin Georgescu, dans Ioan Ceterchi (coord.), *Istoria dreptului românesc* (*Histoire du droit roumain*), vol. II/1 (par Dumitru Firoiu, Liviu P. Marcu), Bucarest, 1984, pp. 83, 91 et 381.

16 *Manualul juridic al lui Andronache Donici. Ediţie critică* (*Le manuel juridique d'Andronache Donici. Edition critique*), Bucarest, 1959; Andrei Rădulescu, *Juristul Andronache Donici* (*Le juriste Andronache Donici*), dans *Pagini din istoria dreptului românesc* (*Pages d'histoire du droit roumain*), Bucarest, 1970, pp. 312-313.

1812 n'a pas touché aux sources de droit locales. Il est intéressant de constater comment les praticiens du droit les ont employés en tant que tel pendant plus d'un siècle suite à une succession d'événements assez compliquée: une enquête conduite en 1831 par le Sénat de St. Petersbourg a reçu une réponse de la part du gouverneur d'Odessa selon laquelle les deux codes auraient encore été utilisés en pratique. Sa réponse n'était pas tout-à-fait exacte car on y utilisait plutôt le droit coutumier; elle était néanmoins correcte en ce qui concerne le Manuel de Donici: paru en 1814, il avait été introduit en Bessarabie, territoire devenu russe après 1812, et fut appliqué sur base d'un décret du Tzar (1818). Tout le monde a suivi en pratique la réponse inexacte du gouverneur d'Odessa, en essayant dorénavant d'appliquer rigoureusement les codes de lois mentionnés. Leur utilisation a acquis pleine légitimité avec le Décret impérial no. 21794 du 15 décembre 1847, qui a consacré l'information donnée par le gouverneur[17].

La réalité législative a été quand même un peu nuancée. Le Tzar Nicolas Ier, monté sur le trône en 1825, avait des idées différentes par rapport à son prédécesseur. Il a déclenché une politique agressive de russification forcée de la Bessarabie, en imposant l'organisation judiciaire typiquement russe avec des fonctionnaires et des juges russes ou russophones au niveau des tribunaux. L'article 63 du nouveau Statut du gouvernement en Bessarabie (1828) prévoyait la référence aux lois russes au cas où les lois locales étaient insuffisantes pour un problème juridique précis. Ce texte a ouvert la porte *à* l'imposition abusive du droit russe en Bessarabie, sous le prétexte de l'obscurité des textes autochtones.[18] La décision rapportée ci-dessus fait référence au testament privé (art. 1405) et aux différents textes concernant son régime juridique (arts. 1066[5], 1066[11] et 1066[13]) issus du code civil russe.[19] Plus de cents ans d'occupation russe avaient altéré ou écarté en pratique l'application des textes traditionnels tels que les codes Harmenopoulos et Donici même si, inspirés du droit romano-byzantin, ceux-ci comprenaient des textes clairs et simples sur le testament olographe.

2. Le problème juridique en l'occurrence est celui de la possibilité de léguer par testament en dehors de la famille par le sang et la diminution des attentes de certains parents, qui en résulte. En se penchant sur les prétentions du demandeur, frère du défunt testateur, les juges ont identifié la base légale dans l'Hexabible et dans le Manuel de Donici. Les textes en question soumettent l'invalidation du testament à deux conditions: l'exhérédation du frère demandeur (c'est-à-dire son total écartement) et la catégorisation de la légataire défenderesse parmi les personnes ignobles.

17 Voir Dimitrie Alexandresco, *Explicaţiune teoretică* şi *practică a dreptului civil român ...* (*Explication théorique et pratique du droit civil roumain ...*), vol. I, Iaşi, 1886, p. 19 n. 1; Erbiceanu, *Legiuiri ... cit. supra*, pp. 48-50; Alexandru Boldur, *Basarabia românească* (*la Bessarabie roumaine*), Bucarest, 1943, pp. 110-113. C'est précisément la position retenue dans la jurisprudence roumaine: *p.e.*, C.Ap. Chişinău I, no. 167/1922, dans Pandectele Române (Pandectes roumaines)" 1923.III.60; id., no. 178/1923, dans Pandectele Române (Pandectes roumaines)" 1924.III.37.

18 Vespasian Erbiceanu, *Naţionalizarea justiţiei* şi *unificarea legislativă* în *Basarabia* (*La nationalisation de la justice et l'unification législative en Bessarabie*), Bucarest, 1934, pp. 15-18.

19 Voir n. 4.

Les juges ont vérifié le sens correct des textes des lois par appel à leurs sources romaines classiques, postclassiques et romano-byzantines. Leur analyse, reste-t-elle correcte?[20]

Vers la fin de la République, le tribunal des *centumvires* avait été saisi d'une série de pétitions d'héritage: les héritiers légaux attaquaient le testament par lequel le testateur avait disposé en faveur de personnes étrangères au cercle familial[21]. L'ancienne solidarité familiale était devenue grièvement affaiblie et les disposants exhérédaient souvent leurs proches parents sans aucun motif sérieux. Le tribunal admettait ces actions en invalidant le testament et en considérant le *decujus* hors de ses facultés mentales, lorsqu'il avait disposé en violation de ses devoirs d'affection envers sa famille (*officium pietatis*): *Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt ut testamentum ordinarent*[22]. Il en résulte que la *querella inofficiosi testamenti* a trouvé son origine dans la coutume et dans la pratique d'un tribunal qui a eu une existence assez longue et assez constante pour pouvoir établir une jurisprudence[23]. La *querella* n'était pas ouverte aux héritiers prétoriens et ne pouvait pas être dirigée contre les officiels provinciaux, car il s'agissait d'un procès lié *per sacramentum* devant le préteur[24]. Ces restrictions ont trouvé une solution avec le temps et la *querella* a reçu un régime propre – action réelle et exclusivement personnelle.

Le demandeur devait être un héritier légal, ayant droit à la succession au cas de l'invalidité du testament. Le cercle des personnes ayant droit était laissé au début à l'appréciation des juges, pour être fixé au troisième siècle de notre ère aux descendants[25], ascendants[26], frères et sœurs[27]. On ajoutait pour les collatéraux la condition d'avoir été exhérédés en faveur de personnes *turpes*, comme les gladiateurs, ceux avoir reçu la note d'infamie etc. Pour pouvoir comparer en tant que demandeur dans une telle action, il

20 Plusieurs détails dans notre thèse *Evoluția succesiunii testamentare în dreptul roman* (*Evolution de la succession testamentaire en droit romain*), Bucarest, 2000, pp. 89-94; Jean Gaudemet, *Droit privé romain*, Paris, 1998, pp. 102-104 et 149-150; Gaetano Scherillo, *Corso di diritto privato romano. Il testamento*[2], Bologna, 1999, pp. 308-313; Antonio Guarino, *Diritto privato romano*[20], Napoli, 2001, pp. 451-453; Franciszek Longchams de Bérier, *Law of Succession. Roman Legal Framework and Comparative Law Perspective*, Varsovie, 2011, pp. 63 et 71-74.

21 Voir les exemples donnés dans Valentin et Maximien, VII.7.2 et 8.2; Quintilian, IX.2.9.23; v. aussi Paul, *Sent.* 5.16.2 = Dig. 48.18.4. A titre exceptionnel, la demande a aussi été adressée au préteur (Quintilian, III.10.3; Valentin et Maximien, VII.7.5) et plus tard à l'empereur (Valentin et Maximien VII.7.3 et 4).

22 Marcian, Dig. 5.2.2; v. aussi Marcel, Dig. *eod. tit.* 5*;* Quintilian, IX.2.9.

23 Sur le tribunal des *centumvires*, v. Francesco Bozza, *Sulla competenza dei centumviri*, Napoli, 1928, p. 147. La solution s'est inspirée au premier siècle av. J.-Chr. d'une pratique des tribunaux grecs (Friedrich Schulin, *Das griechische Testament*, *verglichen mit dem römischen*, Basel, 1882, p. 16; Gaudemet, *cit. supra*, p. 103) et était une fiction (René Dekkers, *La fiction juridique. Etude de droit romain et de droit comparé*, Paris, 1942, p. 195).

24 G. 4.31 et 95; Ulpian, Dig. 5.2.29.4.

25 Nonobstant leur sexe (Marcel, Dig. 5.2.5). L'action peut aussi être intentée par les descendants posthumes qui étaient conçus après le décès du testateur (Ulpian, Dig. *eod. tit.* 6 pr.).

26 Papinian, Dig. *eod. tit.* 15 pr.

27 Ulpian, Dig. *eod. tit.* 1 et 24.

était indispensable de ne pas avoir reçu une quote-part de la succession, au-delà d'un quart de ce qu'on aurait reçu comme héritier légal (*quarta legitima*)[28].

En droit classique, la recevabilité de la *querella* entraînait souvent la nullité intégrale du testament et l'ouverture de la succession légale[29]. Cette façon d'agir a été critiquée, car elle invalidait chaque clause du testament, même si elle n'avait rien à voir avec la *quarta legitima*. La jurisprudence classique a essayé de maintenir de manière casuistique les autres dispositions testamentaires, mais ceci a mené à trop d'inconsistance, d'iniquité et d'incertitude.

Les critiques apportées au régime de la *querella inofficiosi testamenti* ont commencé à surgir à partir du troisième siècle de notre ère. Il existe dans le Code de Théodose II une constitution impériale de l'an 361, selon laquelle on ne pouvait plus invalider par *querella* un testament qui, même s'il laissait aux demandeurs moins que leur part légale, prévoyait expressément que celle-ci pouvait être complétée selon l'appréciation d'un arbitre neutre[30]. Le droit romain postclassique a repris ainsi une pratique ante-justinienne, selon laquelle le demandeur ayant reçu déjà une portion de ses droits dans la succession n'obtiendra que le complément de sa réserve[31]. L'action en complément de la réserve devient ainsi personnelle, contrairement à la nature réelle de la plainte contre le testament. La dernière a été admise – avec ses effets négatifs de volonté *mortis causa* – seulement quand le disposant n'avait laissé rien à celui en droit ou quand il n'avait pas institué un héritier légal en ligne directe. Cet effet a été atténué par la Novelle 115: la nullité n'encourait plus, mais le demandeur était situé à la place de l'institué, étant tenu d'exécuter toutes les dispositions testamentaires accessoires.

Finalement, la sphère d'application de la *querella* a été limitée: Justinien, suivant une pratique initiée déjà dès le début du Dominat, a décidé que l'héritier légal qui avait reçu une part quelconque de la succession, avait uniquement à sa disposition une action personnelle en complément de sa réserve (*actio ad supplendam legitimam*). Autrement dit, uniquement l'héritier légal qui n'avait rien reçu de la succession pouvait intenter une *querella inofficiosi testamenti*. Selon le droit des Novelles, cette action n'entraînait plus la nullité du testament entier, mais seulement celle de la désignation d'héritier, ce qui amenait l'héritier légal à exécuter toutes les dispositions testamentaires dans les limites de la quotité disponible.

Voilà donc comment les juges de la Cour d'appel de Chişinău avaient correctement retenu que les dispositions des codes de lois locaux en vigueur (l'Hexabible d'Harmenopoulos et le Manuel de Donici) s'expliquent par leurs sources romano-byzantines. En conséquence, l'appelant frère du défunt ne pouvait pas demander l'annulation du testament par lequel il avait été gratifié avec quelque chose. Cette conclusion était renforcée par un autre fait: la légataire visée à être écartée n'entrait point dans la catégorie des personnes *turpes*.

On voit les juges avertis, non seulement en droit romain mais aussi en droit positif. En effet, la société et les juristes romains étaient arrivés à un point où ils regardaient avec

28 Marcel, *cit. supra*; Pline le Jeune, *Ep.* V.1.9.

29 Ulpian, Dig. *eod. tit.* 8.16.

30 C.Th. 2.19.4.

31 Inst. 2.18.3; Ulpian, Dig. *eod. tit.* 25 pr.; Cod. 3.28.30 (a. 528).

faveur le concubinage, souvent la solution indiquée face à la multitude d'empêchements légaux au mariage. La Cour retient cet aspect, observe comment la religion chrétienne avait attiré le mépris vis-à-vis de l'union de fait, mais considère également que la position de concubine ne rend pas une personne nécessairement indigne ou ignoble – au sens précisé ci-dessus. Les juges, en analysant les circonstances concrètes par rapport aux principes généraux et fondamentaux du droit[32], arrivent à la conclusion suivante: aussi longtemps que le testament n'a pas été rédigé pour commencer ou continuer des relations de concubinage (cause immorale) et qu'il n'est pas prouvé que la position de concubine ait été utilisée pour vicier le consentement du testateur, l'acte de dernière volonté sera valide.

Abstract

The research we conducted on Romanian jurisprudence on wills led us to a very interesting decision of the Chişinău (presently, Republic of Moldavia) Court of Appeal delivered in 1925. The region called Bessarabia reunited with Romania in 1918, but the Romanian Civil Code was extended to that territory only in 1928. Therefore, the judges in this case had to identify the laws in force at that time through an historical analysis of the consequences of the first Russian occupation of the province in 1812 on the administration of justice. Then, in terms of Bessarabian law they made an in-depth analysis of Roman law in order to solve the problem. My main purpose is to analyse the conclusions drawn by the judges in 1925. Did the Russian occupation really allow the Hexabiblon of Harmenopoulos (1345) and the Manual of Andronache Donici (1814) as sources of Bessarabian law after 1812? Is the Roman-law analysis conducted by the Court an appropriate one?

However, beyond the several questions that this study raises, its main interest lies in the fact that twentieth century judges still found it useful and necessary to go back to Roman law sources to clarify and interpret the legal texts of Harmenopoulos and Donici on which they based their decision.

32 Même si la jurisprudence française est allée dans une autre direction depuis 1999 (v. par exemple Michèle Mestro, *L'éclipse de la cause immorale*, dans *Petites affiches* no. 229/1999, p. 10; Gaëlle Deharo, *Les libéralités consenties à la concubine par l'époux adultère*, dans *Gazette du Palais* no. 291/2005, pp. 2 sqq.). Ce n'est pas le lieu ici pour développer le sujet.

ERODIANO 4.12.4 E I POTERI DI FLAVIO MATERNIANO NELL'ANNO 217 D.C.

Pierangelo Buongiorno* **

1. Lo storico Erodiano è una delle fonti guida per il sessantennio che va dalla morte dell'imperatore Marco Aurelio agli esordi della *Soldatenkaiserzeit*, passando attraverso la dinastia severiana.

Se si considera poi che le altre fonti per questo periodo sono note attraverso epitomi tarde (Cassio Dione), ovvero sono di molto successive agli eventi (l'*Historia Augusta*), l'opera di Erodiano[1] – nonostante talune perplessità espresse in

1 L'opera di Erodiano sarebbe secondo alcuni da collocarsi immediatamente a ridosso del 253 d.C. (così AR Polley "The date of 'Herodian's History'" (2003) 72 *AC* 203-208) o, più probabilmente, già sul finire del principato di Filippo l'Arabo (così, con buoni argomenti, M Zimmermann *Kaiser und Ereignis. Studien zum Geschichtswerk Herodians* (München, 1999) 285-319, ove anche per un accurato aggiornamento sulla personalità di Erodiano [verosimilmente un funzionario imperiale di origine asiatica, forse figlio di un liberto di Marco Aurelio; ma vd. anche S Mazzarino *Il pensiero storico classico III* (Bari-Roma,1966) 204 s.]); un'ampia rassegna bibliografica sulla cronologia dell'autore e dell'opera anche in G Marasco "Erodiano e la crisi dell'impero" in *ANRW* II.34.4 (Berlin-New York, 1998) 2837-2927, part. 2839 e ntt. 12-15. Per quanto attiene alle fonti di Erodiano, la discussione è risalente (discussione della bibliografia più antica in F Cassola "Sull'attendibilità dello storico Erodiano" (1956-1957) 6 *Atti Accademia Pontaniana Napoli* 191-200). La tesi di una sostanziale dipendenza da Cassio Dione risale al XIX secolo, ed è stata rilanciata soprattutto da F Kolb *Literarische Beziehungen zwischen Cassius Dio, Herodian und der Historia Augusta* (München, 1972), per poi essere ripresa – pur con talune distinzioni – da Zimmermann (cui si rinvia anche per una discussione della stratificata bibliografia). Diversamente, H Sidebottom "Herodian's Historical Methods and Understanding of History" in *ANRW* II.34.4 (Berlin-New York, 1998) 2780-2792, e part. 2786, non esclude l'uso di altre fonti, alcune delle quali sono peraltro citate dallo stesso Erodiano (1.2.3, 1.2.5, 2.9.4, 2.15.6-7, 3.7.3; ma cfr. anche le opere descritte in 2.9.6, 5.5.6-7, 7.2.1-8). Sul tema vd. anche le acute considerazioni di C Slavich "Rec. di Zimmermann (n 1)" (2002) 90 *Athenaeum* 638-642, part. 640-642, mentre per una "Quellenforschung" erodianea con riferimento al principato di Settimio Severo, vd. in particolare Z Rubin *Civil War Propaganda and Historiography* (Bruxelles, 1980) 85-131. Rapido esame sulle fonti per il periodo dal 193 al 284 d.C. ora in I Mennen *Power and Status in the Roman Empire (AD 193-284)* (Leiden-Boston, 2011) 12-17, mentre per una ricostruzione critica degli eventi si rinvia alla puntuale trattazione di C Ando *Imperial Rome AD 193 to 284. The Critical Century* (Edinburgh, 2012) *passim*.

* Assistant Professor, University of Salento (Lecce), Italy.

** Dedico queste pagine (frutto di un soggiorno di studi presso la Firestone Library della Princeton University nella primavera del 2013) al Prof. Laurens Winkel, con gratitudine per l'apprezzamento in varie circostanze manifestato per i miei studi di diritto pubblico romano.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 81-89

passato[2] – finisce per divenire punto di riferimento per la ricostruzione di questo complesso periodo.

Tuttavia i pur numerosi studi su Erodiano[3] hanno per ampia parte lasciato in ombra il contributo che questo autore può dare alla storia delle istituzioni, e in particolare a talune linee di indagine nell'ambito del diritto pubblico romano[4].

2. In questa sede ci soffermeremo sulla questione che l'opera di Erodiano[5] (4.12.4) solleva con riguardo alla tipologia dei poteri di Flavio Materniano[6], plenipotenziario di Caracalla a Roma durante la campagna partica.

Nello specifico, Erodiano racconta di una richiesta inoltrata dall'imperatore, già impegnato nelle operazioni militari, a

> Ματερνιανῷ τινί, τότε πάσας ὑπ᾽αὐτοῦ τὰς ἐν Ῥώμῃ πράξεις ἐγκεχειρισμένῳ, πιστοτάτῳ εἶναι δοκοῦντι φίλων καὶ μόνῳ κοινωνῷ τῶν ἀπορρήτων.

Apprendiamo quindi che Materniano era stato incaricato (ἐγκεχειρισμένῳ) della gestione di tutti gli affari interni (πάσας … τὰς ἐν Ῥώμῃ πράξεις) per volere di Caracalla (ὑπ᾽αὐτοῦ), poiché era ritenuto essere il più fedele fra gli amici (πιστοτάτῳ εἶναι δοκοῦντι φίλων) ed il solo con cui erano condivise (μόνῳ κοινωνῷ) informazioni riservate (τῶν ἀπορρήτων).

Richiamando nozioni tipiche del lessico della corte imperiale, come πίστις e φιλία[7],

2 Si pensi, in primo luogo, agli studi di Géza Alföldy, in particolare quelli confluiti in *Die Krise des römischen Reiches. Geschichte, Geschichtsschreibung und Geschichtsbetrachtung. Ausgewählte Beiträge* (Stuttgart, 1989). Ma il problema è ampiamente discusso (cfr. ad es. Cassola (n 1) e la letteratura al riguardo è ora ripercorsa da Sidebottom (n 1) 2792-2803*,* Marasco (n 1) 2904-2910, e Zimmermann (n 1) *passim*).

3 Per una rassegna bibliografica dal 1883 al 1987 vd. G Martinelli *L'ultimo secolo di studi su Erodiano* (Genova, 1987), e il più recente U Hartmann "Die literarischen Quellen" in K-P Johne et alii (hrsg) *Die Zeit der Soldatenkaiser. Krise und Transformation des Römischen Reiches im 3. Jahrhundert n.Chr. (235-284),* I (Berlin, 2008) 19-44, 30. In questo panorama, particolare rilievo assumono i lavori di Marasco, Sidebottom e Zimmermann, citati alle note precedenti. In particolare, la monografia di quest'ultimo costituisce l'unica (e sinora rimasta ineguagliata) analisi sistematica dell'opera di Erodiano secondo un approccio metodologico moderno e scevra dai tralatizi preconcetti sulla inattendibilità della storia erodianea.

4 Rinunciatario pare l'atteggiamento di molti studiosi, fra i quali, ad es. Marasco (n 1) 2868 secondo cui: "non è da chiedere ad Erodiano una riflessione sui meccanismi costituzionali della successione". Su questo tema rinvio tuttavia, al mio saggio "'Il senso della crisi'. Ritual und Legitmität der kaiserlichen Macht nach Herodian", in U Babusiaux & A Kolb (hrsg) *Das Recht der Soldatenkaiser – rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs* in corso di stampa.

5 Di cui ho adoperato la nuova edizione critica di Carlo Martino Lucarini: *Herodianus, Regnum post Marcum* edidit CM Lucarini (Monachii et Lipsiae, 2005), *passim* (su cui vd. anche la recensione di C Letta (2012) 100 *Athenaeum* 693-700), che in molti punti si discosta rispetto a quelle, sino ad ora considerate di riferimento, di Ludwig Mendelssohn (1883) e Kurt Stavenhagen (1922).

6 O Materno, come parte della dottrina è portata a ritenere: cfr. Zimmermann (n 1) 317 n 191.

7 Una sintesi e un primo quadro bibliografico in M Pani *La corte dei Cesari da Augusto a Nerone* (Bari-Roma, 2003) *passim*.

Erodiano annovera Materniano fra i più stretti collaboratori di Caracalla, e per questa ragione incaricato dal principe del disbrigo degli affari interni.

Il verbo ἐγχειρίζω è sempre adoperato in Erodiano (e non solo) per dare l'idea del "conferimento formale" di un potere o di un comando, da parte di un organo sovraordinato (il principe, il senato, un comandante)[8]. Sia con riguardo all'ambito militare[9], sia – più in generale – con riguardo a funzioni e poteri politici o amministrativi, sinanche l'*imperium*[10]. Tuttavia troppo generico per definire con precisione la natura dei poteri di Materniano.

Peraltro, anche l'uso del sostantivo κοινωνός, che si adatta tanto al *collega* del principe[11], quanto ai membri del *consilium*[12], lascia ambigua la posizione istituzionale del collaboratore di Caracalla.

Ai poteri di Materniano si doveva riferire anche il perduto libro 78 di Cassio Dione, così come leggiamo nello scarno resoconto dell'epitome di Xifilino (337, 19 ss. R. St. = Dio 78.4.2 Boissevain), secondo cui Caracalla avrebbe inoltrato dall'Oriente una propria richiesta a

Φλαουίῳ Ματερνιανῷ τῷ τότε τῶν ἐν τῷ ἄστει στρατιωτῶν ἄρχοντι,

ossia a Flavio Materniano, che comandava i soldati presenti a Roma. Il contesto narrativo, la costruzione al dativo, la presenza dell'avverbio τότε, il riferimento all'Urbe, fanno ritenere che Dione ed Erodiano seguissero sul punto una fonte comune ovvero che il secondo dipendesse dal primo[13].

Eppur tuttavia, i due testi non sono perfettamente collimanti e di immediata interpretazione. Nell'epitome di Xifilino, infatti, se da un lato si coglie un riferimento all'*imperium* (ἄρχοντι), dall'altro vi è una delimitazione dei poteri di Erodiano a funzioni di natura militare.

Considerato che l'età severiana fu "particolarmente feconda dal punto di vista della sperimentazione amministrativa"[14] (sono documentate infatti delle nuove cariche

8 Cfr. v. 'ἐγχειρίζω', in *Thesaurus Graecae Linguae* III (Parisiis, 1835) 131 s.

9 Hdn. 1.9.1, 1.12.3, 2.5.3, 3.2.2, 3.11.6, 6.8.2, 8.5.8.

10 Cfr. in particolare Hdn. 6.1.4 (ove ricorre il sintagma πράξεις ἐγχειρίζειν), ma anche 1.6.8, 2.1.4, 5.3.6 (cariche religiose) e 5.7.7. Con riferimento al conferimento dell'*imperium* ai principi cfr. 2.1.9, 2.6.4, 2.9.11, 8.6.1. Sono poi documentati casi in cui si allude al conferimento di funzioni connesse al potere imperiale (τὰ τῆς ἀρχῆς, τὰ τῆς βασιλείας), ma non anche a tale potere in senso stretto (2.3.5, 4.15.8, 5.7.2).

11 Erodiano lo adopera per Lucio Vero (1.8.3), Clodio Albino (2.12.3), Geta e Caracalla (3.9.1), Alessandro Severo (5.7.5). Nei primi tre casi Erodiano parla di κοινωνία βασιλείας, nell'ultimo di κοινωνία ἀρχῆς: ma non pare esservi una sostanziale differenza fra i due concetti.

12 Cfr. ad es. Hdn. 2.8.3; κοινωνούς τε καὶ συμβούλους … τῆς τῶν πραγμάτων διοικήσεως (colleghi e consiglieri nell'amministrazione delle cose) sono i senatori nella prospettiva di Macrino (5.1.8).

13 Cfr. n 23 *infra*.

14 Sono parole di P Porena *Le origini della prefettura del pretorio tardoantica* (Roma, 2003) 154.

di *agentes vice praefectorum*, ovvero di vicari dei prefetti del pretorio e di quello dell'urbe[15], o dei soli prefetti del pretorio[16]), gli studiosi, hanno negato ogni valore all'uso del verbo ἀρχέω in Dione/Xifilino, tradizionalmente ritenendo che la funzione ricoperta

15 La più risalente attestazione in tal senso è quella, epigrafica (*CIL* X 6569 = *ILS* 478 = *IG* XIV 911 = *IGR* I 402), relativa al cavaliere Sesto Vario Marcello (il padre del futuro imperatore Eliogabalo), *vice praeff(ectis) pr(aetorio) et urbi functus* in una data incerta, ma sicuramente collocabile prima del 212 d.C. M Corbier *L'Aerarium Saturni et l'Aerarium militare. Administration et prosopographie senatoriale* (Rome, 1974) 437 ss. e part. 448, ritiene che esso vada associato alla carica di *procurator a ratione privata* ricoperta dal nostro personaggio nei primissimi anni di III secolo, e che quindi occasione del vicariato sia stato il viaggio africano compiuto da Settimio Severo nel 203 d.C., nel quale è plausibile che egli fosse stato accompagnato da entrambi i prefetti del pretorio e da quello dell'urbe. A seguito di ciò Marcello sarebbe stato *adlectus* in senato e tra il 207 e il 210 avrebbe rivestito la *praefectura aerarii militaris*. Di opinione diversa H Halfmann *Itinera principum. Geschichte und Typologie der Kaiserreisen in römische Reich* (Stuttgart, 1986) 229 ss., che, fondando la propria argomentazione sul fatto che il prefetto dell'Urbe non poteva allontanarsi da Roma, sostiene come "die einzige mögliche Erklärung für die Vizepräfektur des Marcellus liegt vielmehr in einer plötzlichen gleichzeitigen Vakanz der Prätorianer- und Stadtpräfektur in einer außergewöhnlichen politischen Situation, die eine schnelle ordnungsgemäße Neubesetzung unmöglich machte oder als nicht tunlich erwies". Secondo Halfmann (ora seguito, tra gli altri, da M Peachin *Iudex vice Caesaris. Deputy Emperors and the Administration of Justice during the Principate* (Stuttgart, 1996) 157 e 236), pertanto, Marcello sarebbe entrato in carica nella seconda metà del 211 (ovvero in seguito alla rimozione di Papiniano e Fabio Cilone compiuta da Caracalla), per rimanervi sino alla fine dell'anno (dalle calende di gennaio del 212 fu infatti nominato, quale nuovo *praefectus urbi* il console in carica C. Giulio Aspro). Marcello sarebbe invece stato *adlectus* in senato ottenendo, per l'appunto tra il 212 e il 215, la *praefectura aerarii militaris*. Ad un vicariato in concomitanza con la campagna di Britannia di Settimio Severo (208-210) pensa, invece, Porena (n 13) 155 e n 85, secondo il quale Marcello sarebbe stato posto a capo della *legio Parthica* e delle altre forze militari a presidio della capitale per evitare che un senatore potesse tentare un'usurpazione. Di opinione completamente diversa si erano mostrati, invece, A von Domaszewski (1903) 22 *RhM* 224 e poi J Klass "Sextus Varius Marcellus" (1955) 8.A.1 *PWRE* 408, secondo il quale "wir (dürfen) diese Stellung des V. in die ersten Regierungsjahre des Caracalla setzen (...), etwa zwischen 213 und 215, als der Kaiser zu Kriegen in Germanien, im Donauraum und im Osten abwesend war. Wahrscheinlich vor Antritt dieser Stellung, spätestens aber danach, wurde V. durch Adlection in den Senat aufgenommen und mindestens in die Rangliste der Praetorier eingereiht, was Dio kurz berichtet und die Grabschrift wohl durch das titulare *clarissimus vir* zum Ausdruck bringt". Per il 211 propende invece K Wojciech *Die Stadtpräfektur im Prinzipat* (Bonn, 2010) 316.

16 Tale vicariato, nato forse con l'esigenza di alleggerire l'eccessivo carico di lavoro gravante sul prefetto del pretorio (in tal senso vd. soprattutto LL Howe *The Praetorian Prefect from Commodus to Diocletian AD 180-305* (Chicago 1942) 17 e n 23), fu spesso affidato, come si evince dalla documentazione epigrafica (cfr., *exempli gratia*, *CIL* XIV 4398 = *ILS* 2159; *CIL* VIII 822 = *ILS* 1347; *CIL* VIII 23948 e 23953 = *ILS* 3147. Per una rassegna completa vd. Peachin (n 14) 237), ad altri *praefecti* operanti a Roma, come il *praefectus vigilum* o il *praefectus annonae*. Nel complesso – per il periodo fino alla riforma intervenuta in età dioclezianea, che in qualche maniera "istituzionalizzò" tali cariche nate dalla prassi – dalle testimonianze a nostra disposizione promana un numero di esempi sufficiente a ritenere che il vicariato, nato con carattere provvisorio, dovesse essere prassi ben consolidata per l'età severiana. Tale la suggestione ricavabile anche dalla lettura di un frammento ulpianeo (D. 32.1.4) escerpito dal IV libro *de fideicommissis*, allorquando il giurista, con una certa disinvoltura, ritiene competenti all'inibizione del *ius testamenti faciendi* del *deportatus* non solo i prefetti del pretorio, ma anche "*qui vice praefectis ex mandatis principis cognoscet*". Il passo di Ulpiano, databile all'età di Caracalla (cita infatti una *epistula Divi Severi et Imperatoris nostri*; cfr. Porena (n 13) 154 n 84), oltre a informarci sul metodo di conferimento della carica vicariale (*ex mandatis principis*) mostra altresì come, al giurista e ai suoi lettori, la prassi del vicariato non dovesse risultare affatto inconsueta, tanto che Porena (n 13) 154 n 84 non esclude "che una simile supplenza, sulla cui natura il giurista non si sofferma, possa essere stata inaugurata da un imperatore precedente".

da Materniano fosse stata quella, di recente definizione, di *agens vice praefectorum*[17]. Ciò che sarebbe peraltro confermato dalla contestuale assenza da Roma dei prefetti al pretorio Oclatinio Advento e Opellio Macrino, entrambi al fianco dell'imperatore[18].

3. Ritengo tuttavia che, con riguardo ai poteri di Flavio Materniano, si possano effettuare considerazioni differenti, per varie ragioni. In primo luogo, la funzione di *agens vice praefectorum* risulta essere stata appannaggio di esponenti dell'ordine equestre, tanto, ovviamente, nel caso di vicariato dei prefetti del pretorio, quanto nel caso di vicariato congiunto[19]. Viceversa, il rango senatorio (forse addirittura consolare) di Flavio Materniano al momento della partenza di Caracalla per l'Oriente non pare poter essere revocato in dubbio[20], tanto più che costui avrebbe fatto parte della cerchia più stretta degli *amici* del principe (πιστοτάτῳ εἶναι δοκοῦντι φίλων, dice Erodiano)[21].

È dunque condivisibile la sostanza di quanto recentemente affermato da Danuta Okon, secondo la quale Flavio Materniano, di rango senatorio, sarebbe stato "Caracalla's … deputy in Rome", e oltre ad essere "military commander in the city … the scope of his duties probably included contacts with the Senate and presenting the Emperor's letters concerning various issues, including administrative ones"[22].

Per definire la natura dei poteri di Materniano diviene dunque decisivo riconsiderare la terminologia adoperata nelle fonti[23].

Riassumendo, Dione/Xifilino insiste solo su un preteso comando militare dei soldati presenti nell'Urbe; secondo Erodiano, invece, a Materniano sarebbero stati affidati (ἐγκεχειρισμένῳ) tutti gli affari normalmente gestiti a Roma dall'imperatore (πάσας

17 Tale ricostruzione di von Domaszewski (n 14) 223 ("ist gleichbedeutend mit der Verwaltung der *praefectura praetorio* und der *praefectura urbi*. Die Schriftsteller umschreiben das Amt, weil Maternanius wie Marcellus nur als Vertreter die Funktionen ausübt, weder *praefectus praetorio* noch *praefectus urbi* war"), accolta con qualche scetticismo da Arthur Stein in *PIR*² F 317 e da W Enßlin "Praefectus praetorio" (1954) 22 *PWRE* 2391-2426, è ora ampiamente condivisa in dottrina; vd. ad es. Peachin (n 14) 236; Porena (n 13) 156.

18 La presenza di entrambi i prefetti al fianco dell'imperatore si desume dal confronto tra C. 9.51.1 e *AE* 1947, 182 = *SEG* XVII 759, iscrizione del maggio 216, su cui ultimamente K Bringmann "Ein Dekret des Kaisergerichts. Bemerkungen zu P.Oxy. XLVII 3361" (1999) 81 *Klio* 491-495.

19 Vd. ad es., per Vario Marcello, quanto già osservato alla n 14 *retro*, cui *adde* le osservazioni di Wojciech (n 14) 316.

20 Cfr. PMM Leunissen *Konsuln und Konsulare in der Zeit von Commodus bis Severus Alexander* (Amsterdam, 1989) 309. Anche CR Whittaker *Herodian.* I *Books I-IV* (Cambridge, Mass., 1969) 443 n 3, rimarca che Materniano "was not the regular *praefectus urbi* but acting in charge of the troops in Rome during C.'s absence" e che se fosse stato un "*vice praeff. pr. et urbi functus* ... he was an equestrian".

21 Vd. anche JA Crook *Consilium Principis. Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian* (Cambridge, 1955) 85 e 165 n 150.

22 Così D Okon *Imperatores Severi et senatores. The History of the Imperial Personnel Policy* (Szcecin, 2013) 56 e 61 (dove tuttavia, in parziale contraddizione, si afferma che Materniano sarebbe anche stato "prefect").

23 In dottrina è peraltro assodato che, con riferimento alle vicende della morte di Caracalla, la narrazione di Erodiano 4.12.1-8 altro non sia che una *Übereinstimmung*, con minime rielaborazioni, del testo dioneo, Dio 78.4.1-5 Boissevain, purtroppo perduto nell'originale e conservatosi soltanto attraverso l'esigua epitome di Xifilino. Così, con ottimi argomenti, Kolb (n 1) 118-135 e 184.

ὑπ᾽αὐτοῦ τὰς ἐν Ῥώμῃ πράξεις), per il periodo in cui questi era lontano (in tal senso interpreterei il τότε, avverbio di tempo che, con funzione narrativa delimita lo svolgersi di un evento in una determinata circostanza[24]: in altri termini Materniano avrebbe esercitato i propri poteri *allorquando* Caracalla era in Oriente).

La lettura in combinato dei due testi richiama soprendentemente alla mente, per lessico adoperato e contenuto, un noto passo di Dione (60.21.2), che inerisce ai poteri conferiti a L. Vitellio, plenipotenziario di Claudio durante la spedizione britannica del secondo semestre dell'anno 43 d.C. (in assenza dei prefetti del pretorio e forse anche del prefetto urbano):

> ἐλθούσης δὲ τῆς ἀγγελίας ὁ Κλαύδιος τὰ μὲν οἴκοι τῷ Οὐιτελλίῳ τῷ Λουκίῳ τῷ συνάρχοντι τά τε ἄλλα καὶ τοὺς στρατιώτας ἐνεχείρισε (καὶ γὰρ ἐξ ἴσου αὐτὸν ἑαυτῷ ἐξάμηνον ὅλον ὑπατεῦσαι ἐποίησεν), αὐτὸς δὲ ἐξεστρατεύσατο.

Anche in questo caso, nella narrazione dionea ricorre un *imperium* (συνάρχοντι) finalizzato alla gestione degli affari interni (τὰ μὲν οἴκοι) e inoltre (τά τε ἄλλα) delle truppe (τοὺς στρατιώτας) per un periodo di tempo delimitato, ossia quello di assenza del principe (peraltro sempre con l'utilizzo del verbo ἐγχειρίζω per indicare il "conferimento")[25].

Dal confronto di questo ultimo testo con passi paralleli di Tacito[26], Plutarco[27] e Svetonio[28] (che si spinge persino a parlare di un "*curam imperii sustinere*" da parte di L. Vitellio[29]) possiamo peraltro desumere che i poteri di L. Vitellio si esplicassero in un *imperium* (forse temporaneo, indistinto fra la sfera *domi* e quella *militiae*, e vincolato al rientro del principe all'interno del *pomerium*)[30].

Casi analoghi di *imperia* per la gestione degli affari interni durante l'assenza del principe sono documentati, per fare qualche esempio, con riferimento a Seiano (Dio 58.7.4 / anno 31 d.C., durante il ritiro di Tiberio a Capri), e forse (ma il testo è corrotto)

24 Cfr. v. "τότε", in *Thesaurus Graecae Linguae* VII (Parisiis,1835) 2325-2326, part 2326 B. Recentemente, riflessioni sul "*narrative* τότε" in SE Runge *Discourse Grammar in the Greek New Testament* (Peabody, 2011) 37 ss.

25 Su questo testo si vd. diffusamente P Buongiorno "Nuove riflessioni sui poteri di L. Vitellius nell'anno 43 d.C." (2008) 57 *RIDA* 139-161.

26 Tac. *hist*. 1.52.4: Vitellio tres patris consulatus, censuram, collegium Caesaris et imponere iam pridem imperatoris dignationem et auferre privati securitatem …

27 Plut. *Galba* 22.5: … πατρός τε τιμητοῦ καὶ τρὶς ὑπάτου γενομένου καὶ Κλαυδίῳ Καίσαρι τρόπον τινὰ συνάρξαντος …

28 Suet. *Vit.* 2.4: Mox cum Claudio principe duos insuper ordinarios consulatus censuramque gessit. Curam quoque imperii sustinuit, absente eo [Claudius, *scil*.] expeditione Britannica.

29 Su tale espressione vd. Buongiorno (n 24) 143-147 e 152-153.

30 Sulla peculiarità di questo *imperium* come "*domi militiaeque*" cfr. anche M Pani "L'imperium del principe" in L Capogrossi Colognesi & E Tassi Scandone *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavi (Atti del Convegno Internazionale, Roma, ottobre 2008)* (Roma, 2009) 187-203 part. 197-198. Non condivisibili paiono invece le interpretazioni di B Levick *Claudius* (New Haven, 1990) 165 (che pensava ad una *praefectura urbi* con competenze estese anche sulle *cohortes praetoriae*; ma vd. quanto osservato in Buongiorno (n 24) 149-151) e ora di Wojciech (n 14) 262-263, che pensa ad una *praefectura urbi*, non prendendo peraltro in considerazione i testi di Tacito e Plutarco sopra richiamati, né chiarendo il senso del termine συνάρχοντι presente nel dettato dioneo.

a T. Salvio Tiziano (Tac. *hist.* 1.90.3 / anno 69 d.C., in seguito alla partenza di Salvio Otone verso Bedriacum)[31].

4. In tempi più vicini all'età di Caracalla, un ulteriore esempio di *imperium* per il disbrigo degli affari correnti *absente principe* potrebbe essere quello di Decimo Clodio Albino sotto Settimio Severo. Erodiano ricorda infatti il conferimento del titolo di Cesare a questo importante senatore (all'epoca governatore di Britannia), alla vigilia della partenza di Settimio Severo per l'Oriente, in vista dello scontro con Pescennio, e i numerosi onori attribuiti al nuovo Cesare nella circostanza[32].

Ma di particolare rilievo è l'uso, da parte di Erodiano (2.13.4pr.) della formulazione: ἱκετεύων ἐπιδοῦναι αὐτὸν ἐς τὴν τῆς ἀρχῆς φροντίδα. Severo avrebbe insomma sondato la disponibilità di Albino ad amministrare gli affari correnti durante il suo periodo di assenza da Roma. All'accettazione (informale) da parte di quest'ultimo, avrebbe fatto seguito la deliberazione senatoria, che puntualmente Erodiano registra (2.15.5). Credo che tale colleganza inferiore dell'imperatore, pur assumendo le forme di un cesarato, si ponga nel solco di quella colleganza a suo tempo inaugurata da Tiberio, con Seiano, e poi da Claudio, con il conferimento di poteri al fedele L. Vitellio[33]. Quella colleganza che, come abbiamo visto, Svetonio (*Vit.* 2.4) aveva qualificato con la locuzione *cura imperii*, e di cui peraltro l'espressione τῆς ἀρχῆς φροντίς adoperata da Erodiano parrebbe essere un calco.

5. Dalla documentazione epigrafica sembra poi emergere un ulteriore esempio di simile colleganza con il principe, forse rintracciabile in un senatoconsulto epigrafico recentemente edito[34]. Questo testo, pur nella sua estrema frammentarietà, presenta infatti – a poca distanza l'una dall'altra, ed in un contesto che parrebbe alludere al conferimento di poteri ad un membro della corte giulio-claudia – le espressioni *[?imperiu]m domi militiae[/que?]* (col. I lin. 10) e *[?cura]m imperii sustineat]* (col. I lin. 12).

La struttura complessiva di questo senatoconsulto epigrafico pare essere stata articolata su diversi *decreta* che avrebbero fatto seguito alla *relatio*: si noti in primo luogo la sequenza degli *item* rintracciabili a inizio capoverso nelle poche linee superstiti della seconda colonna (col. II, linn. 5, 11, 17)[35]. È quindi verosimile che il destinatario

31 Cfr. Buongiorno (n 24) 145-147 e 157-158.

32 Cfr. Hdn. 2.15.3-5; ma vd. anche 3.7.8, in cui si ricordano *timè* ed *exousía* del rango di Cesare rivestito da Albino. Sulla narrazione erodianea dello scontro fra Severo e Albino vd. anche Rubin (n 1) 123-131.

33 Opportunamente D Okon *Septimius Severus et Senatores. Septimius Severus' Personal Policy towards Senators in the Light of Prosopographic Research (193-211 A.D.)* (Szcecin, 2012) 20, osserva che "Septimius Severus offered him the functions of both Caesar and deputy".

34 W Eck & A Pangerl "Ein Senatsbeschluss aus Tiberischer Zeit?" in *Scritti di storia per Mario Pani* (Bari, 2011 *sed* 2012) 143-150.

35 Da confrontare ad es., con i *verba* del *SC* c.d. "Giuvenziano", noti da Ulp. 15 *ad ed.*, D. 5.3.20.6. Sulla struttura dei senatoconsulti nel principato, vd. anche P Buongiorno "CIL X 1401 e il SC 'Osidiano'" (2010) 58 *IVRA* 234 ss.

del provvedimento[36] potesse aver ricevuto – secondo la tradizionale strutturazione dei senatoconsulti che avviavano l'iter per il conferimento dell'*imperium* e di altre potestà principali (si pensi al testo della c.d. *lex de imperio Vespasiani*, che ricalca un senatoconsulto) – una serie di poteri conferiti con successivi *decreta*, di volta in volta introdotti all'interno del testo del senatoconsulto in esame dalla formulazione *item placere / item placuit*.

Una ulteriore traccia di ciò credo possa peraltro cogliersi, sul piano linguistico, nell'uso del congiuntivo desiderativo presente nel sintagma *[?cura]m imperii sustineat*. E, sul piano contenutistico, oltre che nei riferimenti all'*imperium* di col. I linn. 5, 10 e 12, dall'uso del lemma *ius* alla col. II lin. 6, come pure dalla presenza dei participi "*rata*" e "*gesta*" (col. II linn. 15 e 21), che riconducono ad un ambito decisionale (le cose che, rispettivamente, saranno *disposte* e quelle che saranno *compiute*): forse quello del destinatario del provvedimento, rispetto al quale il senato avrebbe assunto *decreta* per noi inintellegibili.

6. Significative sono dunque le tracce di conferimenti di poteri formalizzati in un *imperium* a fidati esponenti dell'elite senatoria per esigenze connesse all'assenza del principe da Roma. È peraltro lecito chiedersi se – e in che termini – questi conferimenti fossero noti come *cura imperii* o espressioni similari.

Anche nel caso di Materniano, pare dunque che siamo dinanzi ad un potere articolato, sempre costruito nelle forme di un vero e proprio *imperium*, strettamente connesso all'assenza dell'imperatore da Roma, e che avrebbe contemplato al suo interno tanto la gestione degli affari correnti, quanto il comando delle truppe non immediatamente coinvolte nelle operazioni (in primo luogo le *cohortes* pretoriane e urbane, schierate all'interno di Roma)[37].

D'altra parte, anche la vicenda per la quale il senatore Materniano è ricordato (Caracalla lo avrebbe incaricato di convocare i maghi più esperti, per ottenere un vaticinio sulla propria morte) meglio si confà ad un soggetto chiamato a "sostituire" e "rappresentare" l'imperatore durante la sua assenza, piuttosto che a un comprimario cui sarebbe stata conferita soltanto una prefettura del pretorio, ovvero urbana[38], o un vicariato di entrambe[39].

36 Che resta per noi ignoto. Se pare da escludersi L. Elio Seiano (per via della successiva *damnatio memoriae*), sarei propenso a ritenere che il testo esaminato in questa sede possa riferirsi a Druso, figlio di Tiberio, piuttosto che allo stesso L. Vitellio. Se, infatti, la gestione dell'*imperium* da parte di L. Vitellio appare routinaria, dovuta esclusivamente all'assenza dell'imperatore per una campagna militare, viceversa la colleganza di Druso con Tiberio sarebbe stata scientemente posta in essere per avviare un iter di successione interrotto dalla morte del giovane. Il che avrebbe quindi favorito una rappresentazione della casa imperiale e una riproduzione del testo del senatoconsulto (secondo la prassi peraltro in voga nell'età di Tiberio) all'interno delle comunità dell'impero.

37 D'altra parte Xifilino, che pure adopera il verbo ἀρχέω – sul cui significato nei contesti dionei vd. G Vrind *De Cassii Dionis vocabulis quae ad ius publicum pertinent* (Den Haag, 1923) 46 ss., e M-L Freyburger-Galland *Aspects du vocabulaire politique et institutionnel de Dion Cassius* (Paris, 1997) – potrebbe averne frainteso il significato, confondendo un *imperium* con un mero comando delle truppe presenti a Roma.

38 Come invece ritiene, ma senza particolari argomenti, Wojciech (n 14) 262 e 319-320. Ipotesi invece esclusa da Whittaker (n 19) 443 n 3, e da Mennen (n 1) 260.

39 Vd. al riguardo quanto osservato al § 2 nn 16 ss.

Abstract

The purpose of this paper is to analyse the powers conferred on Flavius Maternianus in 217 AD during Caracalla's Parthian campaign. The paper starts with an examination of Herodian's (4.12.4) and Xiphylin's (337, 19 ff. R.St. = Dio 78.4.2 Boissevain) accounts. Then a survey is presented of the main extant manuscript and epigraphic sources describing the granting of *imperia* to members of the senatorial order in the absence of the *princeps*. The paper concludes by suggesting that Maternianus's powers were granted to him in the form of an *imperium* in order to enable him to manage (as long as Caracalla was absent) both the current political affairs and the troops near Rome who were not involved in the Parthian campaign.

TEACHING CRIMINAL LAW IN EARLY EIGHTEENTH-CENTURY SCOTLAND: *COLLEGIA* AND *COMPENDIA*

John W. Cairns* **

In November 1987, the Edinburgh Roman Law Group hosted a meeting with the Forum Romanum of the University of Amsterdam and the Filips van Leyden Society of the University of Leiden. It was at this meeting that I first met Laurens Winkel. For me, this joint meeting of the three societies was to prove very important, as at it I met many Dutch legal historians, including Laurens, who have become lasting friends.

A theme of my research over the succeeding three decades has been the impact of the Scots experience of legal education in the Netherlands on the development of the Scottish law faculties in the early eighteenth century. It is accordingly appropriate to examine an aspect of these links in a volume in Laurens's honour; after all, he is a graduate of the Universities of Amsterdam and Edinburgh whose kindness and hospitality have done much to support me over a quarter century of friendship.

This offering to Laurens focuses on the history of the teaching of criminal law in Scotland, roughly from 1700 to 1740. Criminal law is not often associated with the studies of the Scots who travelled abroad for their education; consequently it has traditionally been seen as unlikely to have been influenced by Roman law. But this is mistaken. Olivia Robinson's recent edition of Sir George Mackenzie's *Matters Criminal* of 1678 brings out the significance for the treatise of Civilian and Canonist brocards and literature.[1] Further, Scots understood their criminal law through the prism of the law of nature and nations, and, as David Hume, Professor of Scots Law in Edinburgh 1786-1822, pointed out, once "it was not uncommon to call in aid ... 'the *common law*, baith civil and cannon' in contradistinction to the peculiar and municipal practice of Scotland" in developing

1 Mackenzie *The Laws and Customs of Scotland in Matters Criminal* ed Robinson (2012) 422-453.

* Professor of Civil Law, University of Edinburgh.

** Quotations from and citations of manuscript and archival material is courtesy of Edinburgh City Archives, the Trustees of the National Library of Scotland, the Keeper of the Advocates Library, the Librarian of Edinburgh University Library, and the Keeper of the Records of Scotland. All dates are given as if the year began on 1 January as was Scottish practice.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 90-99

legal argument.[2] This meant, for example, that in the period with which we are here concerned, the famous treatise *De criminibus* (a commentary on the *libri terribiles* of the *Digest*) by the Utrecht professor, Antonius Matthaeus II, was regularly cited in Scots criminal courts, and described by one Lord Advocate as an "approved work".[3]

Scots had studied the Civil and Canon laws abroad since the middle ages.[4] France was once especially popular.[5] Through the seventeenth century, however, they started to favour the universities of the Northern Low Countries, particularly after the Revocation of the Edict of Nantes made study in France difficult. Scots attendance at the Dutch universities was at its height in the period from around 1680 to 1730.[6]

It was in this era that the practice of teaching Roman law using *compendia* became popular in the Dutch universities.[7] This meant that, rather than teaching directly from the Roman texts, professors used a specially written textbook that followed the structure of the *Institutes* or the *Digest*. Introduction of the *methodus compendiaria* into the United Provinces has traditionally been associated with the German professor JF Böckelmann, who taught at Leiden.[8] This was probably because his *Compendium institutionum Justiniani sive elementa juris civilis in brevem et facilem ordinem redacta*, first published in Leiden in 1679, was a great success.[9]

2 Cairns "Hamesucken and the Major Premiss in the Libel, 1672-1770: Criminal Law in the Age of Enlightenment" in: Hunter (ed) *Justice and Crime Essays in Honour of the Right Honourable the Lord Emslie* (1993) 138-179 at 142-145.

3 *Idem* 156; Ahsmann *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Utrechtse Universiteit tot 1811* (1993) 86-89.

4 Mitchell "Scottish Law Students in Italy in the Later Middle Ages" 1937 *Juridical Review* 19-24; Steuart "The Scottish 'Nation' at the University of Padua" 1905 *Scottish Historical Review* 53-62; Lyall "Scottish Students and Masters at the Universities of Cologne and Louvain in the Fifteenth Century" 1985 *Innes Review* 55-73; Baxter "Scottish Students at Louvain University, 1425-1484" 1928 *Scottish Historical Review* 327-334.

5 Cameron (later Dunlop) "Scottish Students at Paris University, 1466-1492" 1936 *Juridical Review* 228-255; McNeill "Scottish Entries in the *Acta Rectoria Universitatis Parisiensis* 1519 to *c.* 1633" 1964 *Scottish Historical Review* 66-86; Kirkpatrick "The Scottish Nation in the University of Orleans, 1336-1538" in: *Miscellany of the Scottish History Society. Second Volume* (1904) 47-102; Durkan "The French Connection in the Sixteenth and Early Seventeenth Centuries" in: Smout (ed) *Scotland and Europe, 1250-1850* (1986) 19-44; Tucker *Maîtres et étudiants écossais à la Faculté de Droit de l'Université de Bourges (1480-1703)* (2001).

6 Mijers *"News from the Republick of Letters" Scottish Students, Charles Mackie and the United Provinces, 1650-1750* (2012) 41-43; Feenstra "Scottish-Dutch Legal Relations in the Seventeenth and Eighteenth Centuries: Academic Relations between the Low Countries and the British Isles" in: Feenstra *Legal Scholarship and Doctrines of Private Law, 13th-18th Centuries* (1996) XVI.

7 Hewett *Ulric Huber (1636-1694) De ratione juris docendi & discendi diatribe per modum dialogi nonnullis aucta ΠΑΡΑΛΙΠΟΜΕΝΟΙΣ* (Academisch Proefschrift) (2010) 75-78.

8 Feenstra "Johann Friedrich Böckelmann (1632-1681): Een markant Leids hoogleraar in de rechten" in: Groenveld, Mout and Schöffer (eds) *Bestuurders en geleerden opstellen over onderwerpen uit de Nederlandse geschiedenis van de zestiende, zeventiende en achtiende eeuw, aangeboden aan Prof. Dr. J.J. Wolter bij zijn afschied als hoogleraar van de Rijksuniversiteit te Leiden* (1985) 137-150.

9 Ahsmann and Feenstra *Bibliografie van hoogleraren in de rechten aan de Leidse Universiteit tot 1811* (1984) 61-64.

Of course, like all innovations, the method had its critics. One of the most notable was the distinguished professor, Gerard Noodt, who attacked it under the stock theme *de causis corruptae jurisprudentiae*.[10] This brought out a defence by the famous professor at Franeker, Ulric Huber, in the form of a dialogue.[11] It is easy to see the advantages of *compendia*: it was possible to teach a course on the *Institutes* of Justinian introducing other matter in a structured way; it was possible to cover at least the bones of the entire *Digest* in one course; and it was possible to emphasise more modern concerns such as the law of nature and nations in teaching Roman law.

At the same time as teaching by means of *compendia* became popular, Dutch law professors seem to have largely given up instruction through traditional lectures following the *ordo legum*, and instead focused more on private *collegia*. These were small, often specialised, classes that professors commonly taught in their own homes.[12] One advantage from the point of view of the teacher was that he could charge for them. The intellectual significance of *collegia* was that they allowed the modernisation of the curriculum and allowed the professors to be responsive to student needs and demands. Professors could offer *collegia* on the laws of nature and nations, on public law, on the *ius hodiernum*, and on criminal law, as well as on Justinian's *Institutes* and *Digest*.[13] *Compendia* were particularly well-suited for use in such *collegia*.

This was the type of legal education that Scots students experienced in the United Provinces; and it was this experience that provided the models that Scots professors and universities drew on to develop legal education in Scotland.[14] The development of teaching in *collegia* and the use of *compendia* were to prove particularly important.

For complex political and institutional reasons, it took a while for chairs in law to be established in the Scottish universities; this meant that, from 1699, private teachers filled the space left by the lack of more formal provision.[15] The two most important of them were John Spotswood and John Cuninghame: both had studied law in Leiden, and both offered classes on Scots law and Civil law.[16] They established a pattern for legal

10 Van den Bergh *The Life and Work of Gerard Noodt (1647-1725) Dutch Legal Scholarship between Humanism and Enlightenment* (1988) 161-166.

11 Hewett (n 7) Part II and 121-129.

12 Ahsmann "Teaching in *Collegia*: The Organization of Disputationes at Universities in the Netherlands and in Germany during the 16th and 17th Centuries" in: Romano (ed) *Università in Europa Le istituzioni universitarie dal Medio Evo ai nostri giorni strutture, organizzazione, funzionamento* (1995) 99-114 at 106-114. For the background in detail, see Ahsmann *Collegium und Kolleg Der juristische Unterricht an der Universität Leiden 1575-1630 unter besonderer Berücksichtigung der Disputationen* (2000).

13 Van Strien and Ahsmann "Scottish Law Students in Leiden at the End of the Seventeenth Century: The Correspondence of John Clerk, 1694-1697" 1992 *Lias* 271-330 and 1993 *Lias* 1-65 at 287-294.

14 Cairns "'Importing Our Lawyers from Holland': Netherlands' Influences on Scots Law and Lawyers in the Eighteenth Century" in: Simpson (ed) *Scotland and the Low Countries, 1124-1994* (1996) 136-153.

15 Cairns "John Spotswood, Professor of Law: A Preliminary Sketch" in: Gordon (ed) *Miscellany Three* Stair Society vol 39 (1992) 131-159 at 133-134.

16 Cairns (n 14) 147.

education that continued once chairs were established in the universities. This was based on the model of the Dutch private *collegium*, which suited them well.

The first modern chair in law in a Scots university was created in 1707, when the Regius Chair in Public Law and the Law of Nations was established in Edinburgh.[17] This was followed in 1710 by a chair in Civil law, to which James Craig, then one of the private teachers competing for students in Civil law, was appointed.[18] Craig had been educated in law at Franeker.[19] In 1713, a Regius Chair of Civil Law was founded in Glasgow; filled in 1714, its first occupant, William Forbes, seems also to have taught Scots law, at least for a while.[20] Finally, a chair in Scots law was erected in Edinburgh in 1722 for Alexander Bayne, who had studied Scots and Civil law with Spotswood in Edinburgh, before studying law in Leiden.[21] Thus, by the early 1720s both Edinburgh and Glasgow had provision for legal education in their universities.[22] This was to create a measure of creative rivalry. Where we have information, these men can be shown to have taught following the model of the Dutch *collegium*.[23] They also seem to have preferred to teach using *compendia*.[24]

Teachers of Scots law had available an excellent short compend in Sir George Mackenzie's *Institutions of the Law of Scotland*. First published in 1684, with a second edition in 1688, this work was closely modelled on Justinian's *Institutes*. Because it was used in teaching, it went through several editions, the last in 1758, though by this year it was becoming rather outdated. William Forbes contributed notes to one edition, while John Spotswood edited and annotated another, as did Alexander Bayne.[25] In a resounding endorsement of both the *methodus compendiaria* and Mackenzie's work, Spotswood told his students that "Laws are commonly taught by way of Institutions (or Intituts) which are ane Epitome or abridgement of the Cheif [*sic*] heads & generall terms & principles of Law extracted out of the Law Books of the learned Jurists". Mackenzie's *Institutions* provided an example as "a Collectione of the most generall and easy terms

17 Cairns "The Origins of the Edinburgh Law School: The Union of 1707 and the Regius Chair" 2007 *Edinburgh Law Review* 300-348.

18 Cairns (n 14) 149.

19 *Album Studiosorum Academiae Franekerensis (1585-1811, 1816-1844)* ed by Fockema Andreae and Meijer (1968) 268; *Disputatio juridica de matrimonio feminarum provincialium illicito cum præfectis militum, veraque interpretatione L. 63 ff. De Ritu Nuptiarum, secunda … quam publice defendet Jacobus Craig, Scotus* (1697). Craig was not listed as author. His was "second", because the same topic was also defended by Livius Jensma and Egbert Arent.

20 Cairns "The Origins of the Glasgow Law School: The Professors of Civil Law, 1714-61" in: Birks (ed) *The Life of the Law Proceedings of the Tenth British Legal History Conference Oxford 1991* (1993) 151-194.

21 Cairns (n 14) 150.

22 On Aberdeen see Cairns "Lawyers, Law Professors, and Localities: The Universities of Aberdeen, 1680-1750" (1995) *Northern Ireland Legal Quarterly* 304-331.

23 Cairns (n 14) 149-150.

24 *Idem* 147-151.

25 Cairns "The Moveable Text of Mackenzie: Bibliographical Problems for the Scottish Concept of Institutional Writing" in Cairns and Robinson (eds) *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History Essays in Honour of Alan Watson* (2001) 235-248 at 237-238.

and principles upon which the Law is founded. The name is of a verry antient Originall … and is the most generall and easy way of teaching any art Science or language".[26] In turn John Cuninghame described the *Institutions* as "a Book which very succinctly and methodically delivers the Principles of our Law, and comprehends all the most material things to be known in it".[27]

If Mackenzie's *Institutions* provided an excellent compend for a *collegium privatum* devoted to the *ius hodiernum* of Scotland, it did have some deficiencies. Thus, Mackenzie's close dependence on Justinian's *Institutes* meant that he dealt with criminal law in very short compass in the final title, "Of Crimes", in his fourth book. This was the merest sketch, as indeed was his treatment of actions, while there were no titles at all on parent and child or master and servant.

For only two of the private teachers, Spotswood and Cuninghame, is there any evidence of their classes on Scots law. Three sets of student notes survive. One is from Cuninghame's class and is dated 1709 and is incomplete. The student who took the notes was Andrew Fletcher, the future Lord Milton. The notes are relatively detailed, so it may be Cuninghame intended a thorough treatment of crime, but we cannot tell.[28] This set of notes was always incomplete, as Cuninghame died on 1 May 1710, halfway through his course for 1709-1710. The second set of notes consists of Cuninghame's lectures on the first two books of the *Institutions*, followed by Spotswood's lectures on the last two books. These were copied out in 1717, presumably from actual notes made over 1709-1710. The hybrid nature of the notes is explained by Spotswood's advertisement that, following Cuninghame's death, he would take over his class.[29] This set must derive from the notes of a student who continued with Spotswood after the other teacher's death. Spotswood had proposed in his lectures on Mackenzie to add such titles as were missing.[30] The third set of notes, a full set entirely derived from his class, shows that he included some, if slight, material on the relationships of parent and child and master and servant after discussion of the title on guardianship.[31] However, he simply dictated some notes on Mackenzie's title on crimes, providing a very sketchy account indeed.[32]

William Forbes was the first teacher to offer classes in Scots law from a University chair. In September 1714, he advertised classes on "the Civil and Scottish Laws". He stated that he would explain "in his Colleges the Harmony, Analogy, and differences betwixt the Roman law, and the law of Scotland; and also how far either of these Laws do agree with, and differ from the Law of England". It is uncertain whether he was teaching two separate courses or a single comparative course.[33] In the next session he advertised

26 National Library of Scotland [NLS] MS 3412, f. iv verso, p 1 (eccentric apostrophes deleted).

27 *A Discourse by Mr. John Cuninghame Advocate, at the Beginning of his Lessons upon the Scots Law* (1705) 5.

28 Edinburgh University Library [EUL] MS Gen 1735 (at one time there was an associated second notebook, of which I have seen a photocopy).

29 NLS MS 3413; *Scots Courant* 1/3 May 1710.

30 Cairns (n 15) 144.

31 NLS MS 3412, 132-133.

32 NLS MS 3412, 474; NLS MS 3413, 383.

33 *Scots Courant* 8/10 Sep 1714.

classes on Civil and Scots law.[34] Again there is no information on them. The following academic year he only offered a class on Civil law.[35] It is unknown if Forbes ever taught Scots law again. But he published the first volume of a compend on Scots law, entitled *Institutes of the Law of Scotland* in 1722. It was described as "Comprehending the Private Law". The second volume only appeared in 1730; it was described as "Comprehending the Criminal Law". He thus produced what was essentially a compend on Scots criminal law. On its own it greatly exceeds the length of Mackenzie's entire *Institutions*. Whether it was ever the basis of a *collegium* taught by Forbes is unknown;[36] there is no evidence that any other teacher ever used it.

On 26 November 1722, Alexander Bayne advertised to "the Gentlemen who are either qualifying themselves for the Bar, or who otherwise consider the Knowledge of the Law of their own Country as an useful Accomplishment" that he intended "to give a College on the law of Scotland, to commence upon the 3d of January ensuing".[37] The next day, in wording almost identical to the advertisement, he petitioned the Town Council of Edinburgh, as Patrons of the University, to appoint him "Professour of the Law of Scotland", stating that the bench and the Faculty of Advocates considered a chair in Scots law much needed. The majority of the judges of the Court of Session had signed the petition in his support. The following day the Council duly appointed him.[38] He held the chair until his death in 1737.[39]

Bayne was evidently a success. Many sets of student notes of his lectures survive (not always recognised as such in archives and libraries).[40] Part of the reason for his success was surely his diligence. He used Mackenzie's *Institutions* as his textbook, described as "wrote very much in the Spirit and Manner of a Text Book, short and concise, and full of Matter".[41] Perhaps with an implicit criticism of Forbes in Glasgow, he commented:

> When I entered upon the Profession of the *Municipal Law*, I thought it became me rather to take *Sir George Mackenzie*'s *Institutions* for my *Text-book*, than to give one of my own, for this obvious Reason, That it was a Book of Authority, universally esteemed, and infinitely superior to any I could give.[42]

But Bayne recognised the work's deficiencies, and in 1731 he published *Notes for the Use of the Students of the Municipal Law in the University of Edinburgh, Being a Supplement to Sir George Mackenzie's Institutions*. This contained the substance of his lectures

34 *Scots Courant* 7/9 Dec 1715.

35 *Scots Courant* 12/15 Oct 1716.

36 Cairns (n 20) 177-179.

37 *Caledonian Mercury* 26 Nov 1722.

38 Edinburgh City Archives, McLeod Bundle 9, Shelf 36, Bay C.

39 Menzies "Alexander Bayne of Rires, Advocate" (1924) *Juridical Review* 60-70.

40 There are some complexities relating to them that I shall not deal with here.

41 Bayne *A Discourse on the Rise and Progress of the Law of Scotland, and the Method of Studying it … For the Use of the Students of the Municipal Law* (1726) 168. This was published at the end of Hope *Minor Practicks* (1726), with continuous pagination though a separate title page.

42 Bayne *Notes for the Use of the Students of the Municipal Law in the University of Edinburgh, Being a Supplement to Sir George Mackenzie's Institutions* (1731) i.

hitherto; but his lectures thereafter were to be on the *Notes* as well as the *Institutions*.[43] He also, at least twice, in the summer session organised an "Examinatory College" (no doubt modelled on Dutch *collegia examinatoria*) to assist his students with their learning.[44] Again he sometimes started the year with special, public, introductory discourses.[45] It was common for students to attend the same course of lectures more than once. Bayne proposed extra provision for them, in the form of a set of lectures on Stair's *Institutions of the Law of Scotland*.[46]

At one time, Bayne had a home in Niddry's Wynd, and from 1725 he taught his classes in the Hall of the Incorporation of Mary's Chapel (the joint Incorporation of the Wrights and the Masons) that was located there.[47] In 1735, he advertised that he would begin "his Colleges ... at his Chamber in the College of Edinburgh".[48] This change of classroom probably reflected his move that year to live in the suburb of Sciennes, from which the University's buildings were more accessible than the Hall in Niddry's Wynd.[49]

The same concern with the quality of his instruction led him to try to remedy the problem in teaching criminal law created by the use of Mackenzie's *Institutions* as the teaching compend for Scots law. He basically ignored Mackenzie's title "Of Crimes". Some of the manuscripts of his lectures contain a brief treatise on criminal law that he dictated to his class. One of these explains:

> Our Author having now finished his Institutes of the private Law Gives in the Conclusion one title of publick law and of that part of it which we are most concerned to know, namely of Crimes. But that Subject our Author Treats here very superficially and gives us hardly any more than a short Definition of the Crimes and barely names the punishments which respectively attends them … Our Author's title of crimes will not so much serve me for a Text so that I have Chused prepare some few discourses to you on the Subject of Crimes without being tyed down to a method and order of a Text which can give us no assistance by which I do not Imagine you are very much to be instructed because to treat of that Subject (as it ought) would require a Separate College.[50]

In other words, he effectively made up for the deficiency in Mackenzie's compend by producing a new textbook to dictate to them.

He next decided to fulfil the need he had identified for "a separate college", again by using the summer session. In May 1729, he advertised that "upon Wednesday the 4th

43 *Idem* ii.

44 *Alexander Bayne, Professor of the Municipal Law, to the Gentlemen Who Have Attended his College of Prelections* (1725); *Edinburgh Evening Courant* 5/9 May 1726.

45 EUL MS Dc.3.57 (Latin *Oratio inauguralis*, 1724; this is close, but by no means identical, to his printed, English-language *Discourse* (n 41) of 1726); *Caledonian Mercury* 4 Oct 1725 (this is stated as "a Continuation of the former, on the Title of *Conjugal Obligations*").

46 Bayne *To the Students of the Municipal Law in the University of Edinburgh* (nd).

47 *Edinburgh Evening Courant* 30 Sep/4 Oct 1725; for his residence, see the advert concerning the sale of Aiton in Fife in *Caledonian Mercury* 25 Mar 1723.

48 *Caledonian Mercury* 14 Oct 1735.

49 Cant *Sciennes and the Grange* (1990) 43; he still lived there at the time of his death: National Records of Scotland [NRS] CC8/8/99.

50 NLS Adv MS 22.7.34, f. 109.

of June next, he is to begin his Prelections on the Criminal Law, at the Hour of Three in the Afternoon, in the Hall on Niddry's Wynd where he uses to teach".[51] He repeated this the following year; but he also advertised that "for the Use of the Students who design to attend" the lectures, there would be published by 1 June, *Institutions of the Criminal Law*. This textbook has a close relationship to the notes he formerly dictated at the end of his regular course, and in the address "To the Reader" at the start of the book, Bayne stated that the "following Sheets contain the chief Heads of Discourse, which are treated at large in my Lectures upon the Criminal Law". He added: "Hitherto they were dictated to the Students to serve in place of a Text-book, and therefore delivered with all Brevity and proper References."[52] To avoid this necessity, they were now printed. Bayne, however, had prepared extensive new notes for his special college in the summer session on criminal law, and his holograph manuscript of the lectures survives. It is extensive, consisting of nearly 1,000 closely written folio pages, originally bound in three volumes.[53]

In the autumn of 1730, however, Bayne changed this developing pattern. He now advertised on that, as usual, he would begin his "College upon Sir George Mackenzie's Institutions on Monday the 9th of November, at the usual place and hour". But he added that, "sometime in the week following", he would begin "his College on the Criminal Law, at a proper hour in the evening".[54] There is no information for the autumn of 1731; but the next year he again advertised both classes for the coming autumn. This time he specified that the "college on the *Criminal Law*" would begin on Tuesday at 5 p m., continuing at the same time on Tuesdays and Thursdays and at 11 a m. on Saturdays.[55] Whether he continued this practice in 1733-1734 is unclear.[56]

In 1734, however, he seems to have revised his practice. In a lengthy advertisement, he mentions his college on Mackenzie's *Institutions* and his own supplemental text book. He asked that those starting a second year with him should wait behind after the "Preliminary Discourse", to agree with him two days in the week which he will set apart for giving "to them, in particular, Discourses on *Stiles*, and some of the more noted *Titles of the Law*, Civil and Criminal, after a Manner suited to the Advances they had made in the Course of their first Year's Study". This was obviously to be without charge, as he remarked that this was for the "greater Benefit of his Students of the second Year; but for himself, nothing beyond the Reputation of doing the best he can, to deserve his Ordinary Appointments".[57] It may be that this marks the end of his special college on criminal law. His advertisement for 1735 is unspecific;[58] that for 1736-1737 mentions only "his College upon *Sir George Mackenzies Institutions*".[59]

51 *Caledonian Mercury* 12 May 1729.

52 Bayne *Institutions of the Criminal Law of Scotland* (1730) [3]; cf NLS Adv MS 22.7.34, ff. 109 et seq.

53 NLS Adv MS 25.3.12.

54 *Edinburgh Evening Courant* 15/19 Oct 1730.

55 *Caledonian Mercury* 16 Oct 1732.

56 *Caledonian Mercury* 16 Oct 1733 talks of him beginning "his Colleges" without being more specific.

57 *Caledonian Mercury* 28 Oct 1734.

58 *Caledonian Mercury* 14 Oct 1735.

59 *Caledonian Mercury* 12 Oct 1736.

Bayne became ill in the summer of 1735. In March 1736, he described himself as suffering from "the dispiriting symptoms of a nervous illness commonly called vapours, or lowness of spirits".[60] By January 1737, his health was causing greater concern.[61] To recuperate, he left to take the waters in Bath, dying on the way at Alnwick on 22 April 1737.[62] It may have been the progressive breakdown of his health that led Bayne to give up the special college on criminal law.

The career of Bayne indicates the importance of the choices made for appointments to chairs when legal education in Scotland was undeveloped and weak institutionally. Bayne was energetic. He wanted to succeed. He tried to help his students learn. He seems always to have recruited students.[63] He was later criticised by Lord Kames with the judge's typical waspishness;[64] in contrast Lord Braxfield was impressed by Bayne's work, and, as often, his judgment seems the more reliable.[65]

The contrast with Forbes is interesting. Forbes does not seem to have been successful in acquiring a class in Scots law.[66] One never gets the impression of energetic activity on his part – indeed, rather the opposite. Robert Wodrow described him in 1726 as not teaching, "save on exorbitant fees".[67] At this remove, without a great deal of further analysis, it is difficult to judge the quality of his elementary compend; what one can say is that it was never reprinted. This contrasts with the fate of Bayne's publications. The *Institutions of Criminal Law* was reprinted in 1748 and the *Notes on Mackenzie* in 1749. They were seen as having a continuing value. Indeed, one suspects that it was Bayne's energy and success that ended any prospects Forbes may have had of having a class in Scots law. Emulation and rivalry are further suggested by the fact that both published a student textbook on criminal law in 1730. We do not know if Forbes ever acquired a copy of Bayne's *Institutions of the Criminal Law of Scotland*; but it is interesting to note that Bayne may have owned two copies of Forbes's volume on criminal law.[68]

Dutch *collegia* provided the Scots with a flexible and adaptable model for teaching a subject. And it was a model also familiar to Scottish students. Thus Kenneth Mackenzie, who had studied at Leiden, recognised Bayne's class as a "Private College".[69] Together with the *methodus compendiaria,* Bayne was able to use the model creatively to remedy problems in traditional coverage of *ius hodiernum*, and to provide more generally for

60 Bayne to Duncombe, Mar 1736 in: *Letters by Several Eminent Persons Deceased. Including the Correspondence of John Hughes, Esq. ... and Several of his Friends, Published from the Originals* (1772) vol 1, 223-227.

61 Gordon to Mackie, 22 Jan 1737, EUL MS La II 91 C 66.

62 NRS CC8/8/99.

63 Mackenzie to Mackenzie, 28 Nov 1723, NLS MS 1209, f. 55.

64 *Boswell in Extremes, 1776-1778* ed Weis and Pottle (1971) 213.

65 *Boswell, Laird of Auchinleck, 1778-1782* ed Reed and Pottle (1977) 239-240.

66 Cairns (n 20) 177-179.

67 Wodrow *Analecta Or, Materials for a History of Remarkable Providences* (1842-43) vol 3, 333.

68 *Catalogue of Curious and Valuable Books, Being Chiefly the Library of the Late Mr. Alexander Bane Professor of Scots Law in the University of Edinburgh* (1749) 12. It is always possible one copy was added by the auctioneer.

69 Mackenzie to Mackenzie, 28 Nov 1723, NLS MS 1209, f. 55.

what he saw as the educational needs of his students. It is clear that other Scots did likewise, both outwith and within the universities.

Abstract

Many Scots students studied law in the United Provinces of the Netherlands in the late seventeenth and early eighteenth centuries. There they were often taught in private classes or *collegia* using *compendia*. These practices in teaching were adopted in Scotland when the Scottish law schools were created in the early eighteenth century. This paper examines the impact of these practices on the teaching of criminal law in Scotland in this era.

DA SÌ PICCOLI INIZI …

L. Capogrossi Colognesi*

1. Il saggio e goffo imperatore Claudio sapeva bene quel che faceva e diceva, quando si rivolse al Senato per rispondere alle obiezioni ed ai malumori sollevati dal suo intento di inserire in tale consesso alcuni individui d'origine provinciale. "Un tempo – egli ricordò – i re ebbero il governo di questa città … a Romolo successe Numa, proveniente dai Sabini, vicino senza dubbio, ma a quel tempo straniero. E allo stesso modo ad Anco Marcio successe Tarquinio Prisco [che] … escluso in patria dalle cariche pubbliche, dopo essere emigrato a Roma ottenne il regno"[1]. Nell'evocare questa storia d'apertura e d'integrazione, presente sin dalle origini di Roma, Claudio si rifaceva anzitutto alle stesse antichissime origini dei suoi "*maiores*", allorché il capostipite della sua *gens,* Atto Clauso, sabino d'origine, era stato "contemporaneamente accolto nella cittadinanza romana e nel patriziato". Nello stesso modo in cui "da Alba si fecero venire i Giulii, da Camerio i Coruncanii, da Tuscolo i Porci, e – senza andar tanto indietro – da tutta Italia sono stati arruolati dei senatori, e da ultimo l'Italia stessa è stata ampliata sino alle Alpi"[2].

Queste antiche tradizioni erano la memoria condivisa della città e costituivano un fattore non secondario della sua stessa identità politica. Richiamandosi alla forza di questa stessa tradizione, Claudio poté trasformare la piccola diatriba col Senato in un grande manifesto politico, carico di una fortissima consapevolezza ideologica. Ne fa fede il fatto che la sua orazione fu diffusa nelle varie parti dell'Impero, rivolta anzitutto a quelle *élites* ormai romanizzate su cui si fondava tanta parte dell'edificio imperiale e che ben presto avrebbero raggiunto, con Traiano, i vertici del governo imperiale.

In effetti è costante, nel riferimento dei Romani alle proprie origini, una loro connotazione, diciamo così, "promiscua". Dalla nascita bastarda del fondatore, appena velata dal ricorso al necessario *deus ex machina*, alla fisionomia raccogliticcia dei compagni di Romolo, sino, infine, ad al ratto delle Sabine. La città nasce come coagulo di genti e gruppi diversi ed eterogenei: prodotto di fusioni e confusioni di quei molti *populi*, non ancora divenuti entità politiche autonome, non città e neppure *oppida*, ricordati da Plinio, destinati a "scomparire senza lasciar traccia", nel Lazio dominato dalle nuove e formidabili invenzioni sociali: le "città"[3].

1 CIL, XIII, 1668 (ILS, 212).

2 Tac., *ann.* 11. 24. 1-3, dove si riporta in modo ancor più ampio che nell'epigrafe di Lione, la lettera di Claudio.

3 Plinio, *nat. hist.* 3. 68-70.

* Professore emerito di diritto romano, Sapienza Università di Roma; Academico dei Lincei.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 100-109

Da sempre punto d'incontro e di comunicazione, il successo di Roma è strettamente legato al suo controllo dei passaggi, da nord a sud, dal mare verso l'interno, a dominare uno dei pochi punti guadabili del Tevere. Il suo carattere di punto di controllo dei collegamenti e delle comunicazioni di più ampio respiro, e, per ciò stesso, d'incontro tra storie diverse ed eterogenee, ben s'associa alla singolare capacità d'assorbimento di elementi estranei all'interno del proprio corpo cittadino che accompagna Roma per tutta la sua storia, segnandone in profondità la fisionomia politica e le fortune. Una capacità d'integrazione che, si noti, non parrebbe riguardare solo la circolazione degli individui o di singole famiglie, ma d'intere comunità politiche: ciò che dovette essere il fattore forse più importante per la sua rapida affermazione nell'area del *Latium vetus,* sopravanzando le altre comunità in via d'evoluzione verso le forme cittadine.

Nel corso dei primi secoli, Roma sembra concludere in modo abbastanza singolare molti dei suoi scontri vittoriosi con le altre città (o altri insediamenti la cui struttura cittadina era ancora in via di consolidamento, come nel caso di Alba Longa). Le comunità conquistate infatti venivano da essa assorbite: l'esito del conflitto della Roma di Romolo con la comunità sabina del Quirinale, risoltosi nella loro fusione, è destinato a ripetersi, trasformando le guerre da lei sostenute in una forma accelerata di successivi e forzati sinecismi, con cui si dissolsero gli insediamenti sottomessi nella città vincitrice. Forse il più noto, anche se non unico, è il caso di Alba Longa, il più o meno leggendario centro federale delle comunità latine, integralmente dissolto, dopo la vittoria conseguita dal suo re Tullo Ostilio. La sua popolazione venne trasferita a Roma, pienamente incorporata nella cittadinanza romana, mentre i suoi maggiorenti furono immediatamente integrati nell'aristocrazia gentilizia romana[4]. Così, con le parole di Livio, *Roma … craescit Albae ruinis*[5]. Alla brutalità della distruzione della città vinta fa quasi da contrasto la facilità dell'incorporazione della nuova comunità, sino ad arruolarne i vertici nelle fila del patriziato romano.

Non si tratta di una vicenda eccezionale: gli antichi infatti ricordano i nomi di molte altre comunità conquistate e assorbite dai Romani nel corso dell'età monarchica: *Politorium*, *Ficana* e *Medullia* e *Tellena*[6] ed ma anche *Bovillae*, *Castrimonium* e *Caba*[7], e forse *Cameria.*[8] Particolarmente illuminato dalle fonti, anche se in forma abbastanza contraddittoria, il caso di *Crustumerium, Caenina*, ed *Antemnae*, comunità sabine che emergono nel contesto leggendario del ratto delle Sabine già richiamato in precedenza[9],

4 Liv. 1., 30. 2-3: Tullo Ostilio, infatti, "accolse tra i senatori, per incrementare anche questo elemento dello stato, i maggiorenti Albani: i Giulii, i Servili, i Quincti, i Gegani, i Curiazi, i Clelii; e, come spazio sacro (per le riunioni) di questo ordine da lui incrementato", facendo allora costruire la sede stessa del Senato: la Curia Ostilia.

5 Liv., 1. 30, 1. Sulle implicazioni sociali e istituzionali di questa vicenda si v. tuttora Hülsen, 1894, 1302, J. Beloch, *Römische Geschichte bis zum Beginn der Punische Kriege*, Berlin-Leipzig, 1926, 159, e Humbert, *"Municipium" et "civitas sine suffragio". L organisation de la conquete jusqu à la guerre sociale*, Paris-Rome, 1978, 76 s.

6 Humbert, *Municipium* (cit. nt. 5) 76 e nt. 89.

7 Beloch, cit. nt. 5, 165 ss., M. Gelzer, s.v. *Latium*, in *PWRE*, XII.1, Stuttgart, 1924, 950, riferito a tutte le minori comunità investite dal primo espansionismo romano.

8 Si v. l'indicazione abbastanza incerta di Plut., *v. Rom.*, 24. 4.

9 In Plut., *v. Rom.*, 16. 3, 17. 1. Cfr. anche Liv., 1. 9. 8, e 10. 2, 1. 11. 2, e 4, nonché 2. 35. 4. V. anche DH, 3. 49. 4 e 6, Eutr., *brev.,* 1. 1. 2.

unite talora anche al nome ancor più importante di Fidene[10] e, infine, Gabi[11]: l'ultima ad essere investita dall'espansionismo romano, non a caso la più lontana. E' proprio questo elenco a saldare le leggende delle origini ad una realtà già entrata nella storia: dove località concrete e tracce di insediamenti arcaici paiono confermare quei fenomeni di sinecismi e di trasformazioni di strutture insediative arcaiche in forme nuove.

Il significato che io attribuisco a tali processi è, tuttavia, ben diverso da quello che vi aveva colto a suo tempo Sherwin-White, nella sua fondamentale opera sulla *Roman Citizenship*, apparsa prima della seconda guerra mondiale. Per lui infatti tali incorporazioni segnavano "a new era in the history of Rome", segnando il superamento dei "days of simple destruction and aggrandizement at the expense of the *populi Latini*". In ciò egli era ispirato dalla convinzione che solo nel momento in cui "the villages, or groups of them, have grown up politically self-conscious township", la nuova unità cittadina fosse in grado di assorbire e incorporare altre cittadinanze[12].

La struttura delle narrazioni antiche e i loro riferimenti cronologici non confermano però questa visione evolutiva, giacché i casi di assorbimento delle popolazioni vinte all'interno della *civitas Romana* non appaiono successivi a forme più "arcaiche" – o semplicemente più tradizionali – di conquista e sottomissione dei vinti (dalla *deditio* della *civitas*, alla conquista ed al saccheggio della città vinta, sino, nei casi estremi, alla distruzione della città ed all'uccisione dei suoi abitanti od alla loro riduzione in schiavitù). Per questo, all'opposto di Sherwin-White, questi sinecismi forzati, più che esprimere una novità istituzionale, sembrano protrarre nel tempo quelle forme di fluidità che già avevano permesso la formazione dei primi embrioni di *poleis*, nel Lazio e che si svolgevano in un bacino culturalmente omogeneo, per lingua, culti e pratiche sociali[13].

2. Con la "catastrofe evolutiva" costituita dal consolidamento dell'ordinamento cittadino – processo che possiamo considerare ormai concluso nel VI sec.a.C., con i re etruschi – parrebbe chiudersi anche questa fase, diciamo così, di "permeabilità" degli ordinamenti in via di formazione. E' allora infatti che divenne più netta e definitiva la separazione tra "chi è dentro" e "chi è fuori", tra il cittadino e lo straniero. Anche se oggi sono assai meno diffuse le idee, un tempo dominanti, circa l'esclusivismo della città antica, frutto di una "naturale" ostilità di partenza tra le varie comunità, si parla tuttora di un'almeno tendenziale impossibilità che le norme proprie della città (in particolare il *ius civile* di Roma) s'applicassero automaticamente allo "straniero"[14]. Una impossibilità

10 Beloch, cit. nt. 5, 159 s., Gelzer, *Latium* (cit. nt. 7) 950, L. Ross Taylor, *The Voting Districts of the Roman Republic*, Roma, 1960, 36 s. e nt. 4-5.

11 DH, 4. 58. 3-4. Cfr. Weiss, s.v. *Gabii*, in *RE*, VII, Stuttgart,1912, 420 s., e più in generale, J.C. Richard, *Variations sur le theme de la citoyenneté à l'époque royale* , in *Ktema*, 6, 1981, 89-103.

12 A.N. Sherwin-White, *The Roman Citizenship* ², Oxford, 1973, 19 ss.

13 Cfr. L. Capogrossi Colognesi, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Bologna, 2009, 14 ss.

14 Una condizione che, a su volta, si correla all'ambivalenza della figura dello straniero: "come appartenente ad un'altra specie (barbaro, nemico naturale, disumano) fino alla sua integrazione graduale come amico, ospite, coinquilino (*incola, metoikos*), perfino come parificato all'indigeno", per richiamare l'incisivo riferimento di D. Nörr, *Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di* ius mercatorum *mediterraneo il primo trattato cartaginese-romano*, in M. Humbert (ed.), *Le Dodici Tavole*, Pavia, 2005, 154.

peraltro temperata da meccanismi di volta in volta approntati dai vari ordinamenti, giacché nulla fa pensare che le forme di circolazione di uomini e di beni, attestate dalla preistoria, si siano interrotte perché il nuovo ordinamento cittadino concerneva solo i suoi membri.

E, in effetti, uno schema operativo legato alle antichissime radici di una *koinè* mediterranea, ricca di scambi e di incontri tra individui e comunità, è individuabile nell'*hospitium*: l'equivalente della *proxenia* greca[15], dove antichi ruoli ed alleanze gentilizie si saldano all'intervento della comunità politica. Esso dovette aver origine nell'ambito di rapporti tra privati che si sostanziavano in un vincolo di ospitalità che assicurava ad un individuo o ad un gruppo sociale un "diritto" – se possiamo usare questa parola così pesante semanticamente – ad essere accolti e protetti da un individuo o da un gruppo di un'altra comunità. Non possiamo dimenticare che queste forme di circolazione gentilizia costituiscono la trama stessa di quel gran racconto di popoli viaggiatori che è l'Odissea[16].

La storia dell' *hospitium* tuttavia, si protrae molto in avanti, allacciandosi, soprattutto nella vicenda romana, alla pervasiva forma della clientela e del patronato quali strumento di governo non solo all'interno della comunità, ma anche in funzione di egemonie politiche e territoriali[17]. Accanto al segno materiale a simbolizzare il vincolo esistente, ampiamente attestato tanto nelle fonti letterarie che nella documentazione archeologica[18], incontriamo traccia anche di quel dovere d'assistere lo straniero anche nei tribunali della propria città: ma in modo sporadico.

15 La *proxenia* privata è sì collocata in una fase storica dove il mondo delle *poleis* moveva già i primi passi, e tuttavia in esso si serba forte l'eco di forme ancora più arcaiche d'ospitalità: gli obblighi di ospitare materialmente lo straniero e di assicurarne l'alloggio e la sussistenza (CIG, 5496, Herod., 4. 154; 8. 136) e il ruolo dei doni da dare all'ospite, fortemente richiamato nelle fonti (Diog. Laert., 2. 51 s., Paus., 7. 10. 2 s., 3. 8. 4, 5. 4. 7, Pollux, 3. 59-60, 4. 125, Plat., *Tim.*, p. 20c, Diod., 13. 83, Plut., *quaest. Graec.,* 17, Xen., *conv.*, 8. 39, Apul., *met.,* 2. 11, Liv., 37. 54, Vitr. 6. 10. 4). Questo rapporto spesso poteva essere ereditario.

16 Ma già nell'Iliade è esemplare il discorso di Diomede a illustrare i doveri dell'ospitalità: Hom., *Il*., 6. 212 ss. E' anche interessante che, le situazioni evocate nell'Odissea, ondeggiano tra la consapevolezza di un dovere da assolvere e il senso di una scelta arbitraria che rendeva possibile escludere lo straniero richiedente da ogni tutela ed ospitalità. Dove sembra pesare – coerentemente al carattere aristocratico di tali società – lo statuto sociale dello straniero: si tende a fornire ospitalità se, anche da segni impalpabili, si può dedurre che questi sia individuo di rango.

17 E non solo tra le città greche, ma anche di queste con i "barbari": Xen., *Heracl.*, 6. 1, Thucid., 2. 39, Diod., 13. 26. 3, Plut., *Cim.*, 10. 8.

18 Di tale vincolo d'ospitalità era testimonianza materiale quel *symbolon* che veniva ad essere scambiato tra le parti, consistente sovente o in un oggetto rotto in due parti, conservata ciascuno dall'ospitante e dall'ospitato, o in due oggetti identici con un'iscrizione, come ad es. due mani d'osso: cfr. Plin., *hist. nat*., 33. 1. 10, Liv., 19. 25. Plauto, *poen.*, traduce tale riferimento in latino con *tessera hospitalis* Dell'*hospitium* pubblico, senza l'intermediazione di privati cittadini, resta precisa testimonianza documentaria nelle *tesserae hospitales* che assicuravano la condizione privilegiata in Roma dei beneficiari: una pratica sopravvissuta ancora in età assai più avanzata e che aveva ormai assunto un valore anche simbolico, come peculiare atto di benevolenza romano.

La tutela legale degli stranieri divenne più netta con il diretto intervento della città: quando cioè all' *hospitium* privato si sostituì l' *hospitium* pubblico, fornito dalla città. E' allora (soprattutto nel caso romano che è quello che direttamente a noi interessa) che l'ospitalità pubblica s'intreccia a forme di trattati tra città. E' infatti con essi che si sanciva, insieme all' "amicizia" tra i due contraenti, anche un preciso impegno a fornire ai cittadini dell'altra l'ospitalità pubblica con precise conseguenze legali.

Certo, questo era solo un aspetto dei trattati internazionali, caratterizzati in genere da un accentuato contenuto politico, che Roma ebbe a stipulare con i suoi vicini già durante il periodo monarchico, avvaendosi dei suoi feziali[19]. Essi costituirono il fondamentale meccanismo per la costruzione di un tessuto entro cui la città stessa poteva sviluppare la sua azione politica. La tutela legale per i cittadini della controparte, in qualche modo, ne era la semplice conseguenza.

Con il trattato con i Latini, stipulato nel 496 a.C., indicato dal nome del console romano come il *Foedus Cassianum*[20], e quello con Cartagine, nel 509 a.C., si esce infine dalla confusa aura leggendaria delle origini, per entrare in una dimensione più propriamente storica. La vicinanza di date evidenzia il doppio registro perseguito da Roma, nel perseguire, insieme alla politica di consolidamento regionale assicurato dal trattato con i Latini, una prospettiva mediterranea di ben diversa portata, almeno geografica, come quella associata al trattato da essa stipulato, nel primo anno della repubblica, con Cartagine.

Il *Foedus Cassianum* rifondava e consacrava un'alleanza permanente tra le varie città latine: la Lega Latina. In seguito esse saranno indicate come le città del *Latium vetus* ed i loro abitanti indicati come i *prisci Latini*, a distinguerli dai Latini di più recente e diversa origine. Posti in una condizione legale affatto superiore agli altri stranieri essi furono assimilati sulla base del *ius commercii* e *conubii* loro riconosciuto – per una vasta sfera dei rapporti giuridici privati – ai cittadini romani[21]. Sulla base comunque di un principio di reciprocità che permise ai Romani di fruire dei diritti locali nelle altre città del Lazio.

Di questo, come del trattato con Cartagine mi sono interessato a più riprese, presumendo di potervi cogliere l'emergenza delle due logiche in seguito sviluppate più ampiamente dai Romani: lo schema assimilativo del *ius commercii* e *conubii,* da un lato,

19 I più antichi di questi accordi appaiono giuridizzare un arcaico tessuto costituito dal ricco intreccio di collegamenti religiosi legati alla presenza di culti comuni a più comunità in un complesso sistema di relazioni. V. già A. Alföldy, *Early Rome and the Latins*, Ann Arbor, 1971, ed ora T.J. Cornell, *The Beginnings of Rome*, London, 1995, 109 ss.

20 Cfr. Capogrossi Colognesi, *Cittadini e territorio*, Roma, 2000, 69 ss. e lett. ivi cit. V. ora Cornell, *Beginnings* cit. nt. 19, 299 ss.

21 In quanto Latini essi, in Roma, potevano fruire del diritto romano nello stesso modo dei cittadini di questa città. Un diritto reciproco – e un'assimilazione – che valeva egualmente per i Romani a Praeneste, Tivoli etc. Nel plasmare questa situazione uniforme, associata già dagli antichi al *foedus Cassianum*, poté concorrere una pluralità di relazioni maturata nell'età precedente e di cui le antiche testimonianze serbano ancora traccia, con il ricordo di rapporti comuni di tipo federativo, ma anche di specifiche alleanze e di accordi tra singole città. Cfr. Liv., 1. 32. 3, DH, 3. 34. 5, e 37. 3, su cui restano fondamentali Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III, Leipzig, 1887, 615 s., e R. Werner, *Der Beginn der römischen Republik*, München-Wien, 1963, 370 ss., 415 ss., ma v. anche Frezza, *Le forme federative e la struttura dei rapporti internazionali nell'antico diritto romano*, in *SDHI*, 4, 1938, 368 ss., e P. Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, I, Torino, 1965, 151 ss.

del *ius gentium*, dall'altro[22]. Resta però incerto se la particolare condizione di diritto privato riconosciuta ai Latini in Roma sia da attribuirsi a questo *Foedus*, giacché da parte di molti autori si ritiene che, con questo, essa fosse solo rinnovata. In questo caso la comunanza giuridica tra le comunità del *Latium vetus* si confonderebbe con l'unità etnico-culturale delle origini e ci riporterebbe a quel tipo di facili circolazioni di cui s'è già parlato. D'altra parte, l'unica norma privatistica espressamente attribuita al testo del Trattato da Dionigi, introducendo una specifica regola processuale a disciplinare il rapporto tra Romani e Latini[23], in qualche modo contraddirebbe alla logica meramente assimilativa del *ius commercii*.

Quanto al testo del trattato con Cartagine, assai più ampiamente e scrupolosamente riportato da Polibio[24], è ben possibile che il suo contenuto sia il frutto di una "pluralità di modelli" ricavati appunto dalla complessità delle relazioni mercantili già da tempo presenti nel Mediterraneo[25]. Così come per la miriade di piccoli ordinamenti cittadini, più o meno circoscritti ai membri della propria comunità, dovette porsi il problema di forme comuni atte a dare sicurezza e stabilità ai traffici mercantili che hanno caratterizzato l'intero Mediterraneo ben prima del nostro Trattato.

Il problema si pone esplicitamente per Roma il cui *ius civile* e il relativo processo per *legis actiones*, è interpretato da tutti gli studiosi moderni come esclusivamente vigente per i suoi cittadini, essendone pertanto esclusi i commercianti punici. Che tuttavia dovevano certo esser protetti nei loro rapporti commerciali con i Latini e i Romani, stando alla struttura di reciprocità del Trattato, probabilmente in una forma non troppo diversa da quella prevista nei casi di *hospitium* pubblico[26]. E, del resto, quando un secolo

22 Sulla portata specifica di alcune clausole in esso contenute, relative alla condizione dei commercianti romano-latini in ambito cartaginese richiamo quanto già ebbi a sostenere circa la possibilità che egole specifiche di un – peraltro a noi ignoto – diritto cartaginese in tema di compravendita fossero state applicate in forma peculiare proprio a disciplinare accordi estranei a tale diritto in cui fossero intervenuti soggetto ad esso estranei come i Romani. Cfr. Capogrossi, *Cittadini* cit. nt. 20, Cap. III. Per un quadro d'insieme dei problemi sollevati dal primo trattato, v. B. Scardigli, *I trattati romano-cartaginesi*, Pisa, 1991, 47 ss., con vasta bibliografia e accurata individuazione dei problemi.

23 DH, 6. 65. 9. In cui si ricorda un termine obbligatorio di dieci giorni per pronunciare la sentenza sui contratti tra membri dei vari membri della Lega. V. Capogrossi, *Cittadini* cit. nt. 20, 123 ss.

24 Nörr, che già s'era interessato di questa testimonianza (v. soprattutto Nörr, "*Fides Punica" – "Fides Romana". Bemerkungen zur "demosia pistis" in ersten karthagisch-römischen Vertrag und zur Reschtsstellung des Fremden in der Antike*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva. Atti conv. in onore di A. Burdese* (ed. L. Garofalo), II, Padova, 2003, 497-541) è ora intervenuto nuovamente con un contributo (*Osservazioni* cit. nt. 15) in cui ha riversato gran parte del saggio precedente ed in cui, come egli ci dice con la sua consueta, sottile ironia, utilizza "senza scrupoli il concetto più medievale che antico del *ius mercatorum*".

25 Così Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 151 s. Né, d'altra parte, molto più verosimile appare l'ipotesi, anch'essa così diffusa un tempo, che il testo riportato in Polibio sia solo una parte dell'originale (Nörr, *ibid.*, 160 ss.).

26 V. in modo esemplare F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München, 1988, 265 ss. ("Nichtlatinische Peregrine [*hostes*] …waren sie allerdings – vorbealtlich abweichender Vereinbauern in solchen Verträges [scil. di *hospitium* o di reciproca protezione con altre città] – vom rechstgeschäftlichen Verkehr in altzivilen Formen und Legislaktionprozess offembar ausgeschlossen"). Si noti peraltro che il suo stesso inciso – vorbealtlich etc. – farebbe sospettare che i Romani potessero impegnarsi con un trattato o con l'*hospitium* a fornire questa stessa protezione *iuris civilis*. O ci si riferiva piuttosto all'estensione del *ius commercii*? A meno di non ammettere un ruolo assai più ampio dei *recuperatores*, una figura relativamente arcaica richiamata da Nörr.

dopo il trattato romano-cartaginese fu rinnovato, era esplicitamente previsto un impegno a fornire tutela ai cittadini della controparte in modo non diverso dai propri. Nel testo di Polibio leggiamo come: "in quelle parti della Sicilia soggette ai Cartaginesi e nella città di Cartagine [il Romano] potrà fare e vendere tutto quello che è permesso a un cittadino cartaginese" e che "altrettanto potrà fare un Cartaginese a Roma"[27]. Anche se nulla ci permette d'immaginare che ciò avvenisse in base alla titolarità del *ius commercii* con i Romani.

3. Restando al testo del primo trattato, oggetto, com'è noto di una plurisecolare ed esasperata attenzione degli storici, mi sembra si debba partire dal dato, ribadito di recente da Nörr, che "le clausole commerciali del trattato si riferiscono alla sfera cartaginese ed alle regole commerciali che vi valgono"[28]. Il che circoscrive inevitabilmente gli esiti suggestivi e spesso affatto persuasivi della successiva raffinatissima esegesi del testo polibiano da parte di tale autore all'*emporion* o agli *emporia* in ambito cartaginese[29] ed alla valenza, in ambito punico, della clausola più significativa in esso contenuta, relativa a quella *demosìa pìstis*, su cui s'è riversata un'intera letteratura. Si tratta tuttavia d'indicazioni che ci possono aiutare anche a rileggere il silenzio relativo ai Cartaginesi in Roma e nel Lazio[30]. Un silenzio non superabile con ipotesi avventate, ma che non giustificherebbe la mera elusione del problema: non sappiamo in che modo, ma i commercianti punici dovevano esser tutelati a Roma e nella parte del Lazio da essa influenzata o dominata. Del resto non è da sottovalutare il fatto, fortemente sottolineato da alcuni storici, come tale trattato coincidesse con l'espulsione dei re etruschi da Roma e la conseguente possibile fuoriuscita di Roma dall'ambito d'influenza etrusca. Si è sempre immaginato che, con esso, i Cartaginesi si garantissero la persistenza di quei rapporti assicurati in precedenza dalla loro alleanza con le città etrusche, che doveva aver già coinvolto la stessa Roma legata, con i Tarquini, a tale contesto.

Tornerò rapidamente allo schema della *publica fides*, richiamato nel testo greco di Polibio con *demosìa pìstis*: una garanzia pubblica prevista per il pagamento del prezzo ad un mercante romano o latino[31]. Sono state molte le intepretazioni avanzate in proposito, ad es. che lo schema, postulasse una vera e propria assunzione dell'obbligo del pagamento da parte di Cartagine. Io credo che, con tale espressione, si sancisse l'impegno di Cartagine a garantire la forza del negozio privato – di cui, si noti, si prescrivevano peculiari forme – e la sua tutela di fronte ai giudici, così come ritengo che analogo impegno vincolasse anche i Romani nei riguardi dei commercianti cartaginesi. Possiamo anche immaginare che particolari luoghi e forme negoziali fossero disponibili per realizzare tali negozi. Esso appare comunque connaturato a quella libertà commerciale tra Romani e Cartaginesi

27 Pol., 3. 24. 12-13.

28 Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 157.

29 Lo stesso Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 165, sottolinea il silenzio del trattato in relazione alla posizione dei Cartaginesi in ambito romano, pur mostrandosi scettico sull'idea tante volte avanzata di una lacuna del testo di Polibio.

30 Su tutto ciò v. già Capogrossi, *Cittadini* cit. nt. 20, 119 ss., Scardigli, *Trattati* cit. nt. 23, 73 ss., ed ora la raffinata analisi di Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 171-188.

31 Pol., 3. 22. 8-10.

assicurata dal trattato, seguendo le logiche generali del più vasto ed eterogeneo sistema di relazioni mediterranee cui ora facevo riferimento.

Ma questo, lungi dall'indurci in una sterile discussione sulle possibili forme applicate per ammettere i Cartaginesi al traffico giuridico con i Romani, convalida l'idea di Nörr, relativa alla possibile presenza di regole e pratiche diffuse in ambito mediterraneo: un *ius mercatorum* di cui poteva esser partecipe anche Roma[32]. Forse associato al semiautonomo ruolo degli *emporia*: un luogo peculiare rispetto agli spazi – e ai diritti – cittadini[33]. Mi chiedo infine cosa avrebbe potuto impedire al titolare del potere di amministrare la giustizia romana – un potere sovrano che, anche in seguito, avrebbe reso impossibile concepire il magistrato giusdicente come mero interprete della legge, ad essa vincolato – potesse estendere allo straniero la stessa protezione del Romano basandosi su una finzione, come in seguito vedremo tante volte applicata nel processo romano. "Come se", dunque, lo straniero fosse un cittadino romano, fruente quindi della sfera del *ius civile*: è un punto che avrà notevoli sviluppi in progresso di tempo e su cui ancora di recente si è riacceso l'interesse degli studiosi[34].

D'altra parte noi conosciamo molto poco del modo in cui le forme della vita giuridica romana venivano svolgendosi ancora sino all'età decemvirale. Sino a che punto, ad es., il *ius civile* era divenuto proprio ed esclusivo *civium Romanorum*, e cos'erano, che natura avevano invece quelle norme che poi sarebbero sopravvissute nelle XII Tavole con cui si disciplinava la particolare condizione dello straniero – allora ancora indicato come *hostis*[35]? Di recente Calore ha riesaminato la norma forse più importante, relativa all' *aeterna auctoritas* dovuta allo straniero[36], collegandola, come parrebbe ragionevole, a quella *mancipatio* cui essa appare strettamente associata[37]. In tal caso si tornerebbe ad un negozio che è al cuore stesso del *ius civile*, ma per un uso estraneo a questo stesso *ius*

32 Ancora una volta mi richiamo a Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 155, per ribadire come sia oggi insostenibile l'idea di "una Roma primitiva – senza commercianti e marinai, con un diritto primitivo … senza capacità d'astrazione". Una lettura, del resto, per cui egli richiama giustamente il nome dello stesso Mommsen.

33 Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 158. Come non associare a tale problematica tutto ciò che sappiamo intorno alle festività religiose ed ai luoghi d'incontro dei popoli laziali cui s'è già fatto cenno?

34 Per il dibattito precedente si v. Wieacker, *Rechtsgeschichte* cit. nt. 26, 264 nt. 133. V. ora l'importante sviluppo di questa problematica in Ando, *Law, Language and Empire in the Roman Tradition*, Philadelphia, 2011, 6 ss., 23 ss.

35 Cfr. Wieacker, *Rechtsgeschichte* cit. nt. 26, 266 nt 139, con puntuale discussione della letteratura. Ivi, 265, nt. 138, v. anche il commento all'altra norma processuale, *status die cum hostibus.* Inconsistente invece D. Kremer, *Trattato internazionale e legge delle Dodici Tavole,* in Humbert (ed.), *Tavole* cit. nt. 15, 197 ss. Ma v. soprattutto le incisive pagine di A. Calore, Hostis *e il primato del diritto*, in *BIDR*, IV S., 2, 2012, 108 ss., con notevole approfondimento di molteplici aspetti qui rilevanti ed ampia discussione della letteratura.

36 Cic., *off.* 1. 37. Tale regola segue pertanto la logica opposta alla disciplina dei negozi intervenuti tra cittadini romani, dove la durata dell'*auctoritas* è limitata al tempo necessario a sanare gli eventuali vizi del negozio mediante l'usucapione. Ma, appunto, per gli stranieri è probabilmente esclusa anche questa forma acquisitiva come lo stesso *dominium* cui essa dava luogo: di qui l'illimitata durata dell'*auctoritas*. Cic., *top.*, 4. 23. Cfr. Cic., *p. Caec.*, 54, Gai. 2. 42, e 54.

37 Calore, *Hostis* cit., 114 nt. 36.

civile. E tuttavia nulla, si badi, come la *mancipatio* esprime l'essenza stessa delle forme dello scambio e dell'acquisto di beni.

4. Muovendomi su una linea fortemente congetturale – e d'altra parte per questa realtà più antica è pressoché impossibile giungere a qualche certezza – percorrerò questa idea di una possibile *mancipatio* con non cittadini. Ricordando anzitutto che, quando il trattato tra Roma e Cartagine veniva stipulato, essa doveva aver già perso l'originario valore di compravendita ad effetti reali, col trasferimento di un oggetto a fronte del versamento di una certa quantità di bronzo pesato. E tuttavia, in quell'epoca, il negozio non doveva aver raggiunto la fissità con cui, dopo tanti secoli d'uso consolidato, essa appariva ai Romani della tarda repubblica e del principato. Il carattere magmatico della sua utilizzazione è attestato dall'articolarsi delle sue applicazioni – sempre tra cittadini romani – nei campi più disparati, per quell' "economia dei mezzi giuridici", propria del primo diritto romano, già sottolineata da Jhering. Dall'emancipazione del figlio, alla creazione di un debitore semiasservito, sino al matrimonio *cum manu*, tutta una gamma di situazioni differenziate venne configurandosi attraverso applicazioni particolari – e modifiche formali – di tale schema negoziale.

Perché non immaginare che, nel corso di questa lunga sperimentazione, s'utilizzasse questa figura anche per assicurare, con una forma in grado di garantire sufficiente certezza e pubblicità alla transazione, quella *publica fides* che avrebbe permesso s'obbligare cittadini e cartaginesi al rispetto degli accordi solennemente assunti? E' solo un'ipotesi, ben s'intende, che in tanto può avere spazio in quanto s'abbia ben chiaro che il diritto romano delle origini è stata comunque una realtà qualitativamente affatto diversa da quella ipostatizzata dai romanisti.

Se poi ricordiamo l'accento posto da De Francisci ed Orestano, sul carattere eminentemente "fattuale" del diritto romano arcaico[38]: un diritto che diventa tale nel momento in cui viene affermato, diventa più relativa la distanza tra "diritto" (tra i cittadini) e "fatto" (la situazione protetta degli stranieri). Una distinzione, ben chiara ai nostri occhi, ma certo meno netta in una fase ancora molto rudimentale della scienza giuridica pontificale. Per questo mi sembra da condividere totalmente l'invito di Nörr, a liberarci, nello studio del diritto romano arcaico, dai parametri interpretativi forgiati in età assai più tarde, frutto dell' "esistenza di una giurisprudenza con tutte le sue conseguenze", evitando di esaurire la nostra visuale "nelle norme, istituti, clausole contrattuali ecc., che sono oggetto delle fatiche dei giuristi romani"[39].

Su tale problematica s'è misurata una tradizione di studi particolarmente agguerrita: eppure colpisce la zona d'ombra che, malgrado tutto, si conserva intorno ad essi. Quasi che la condizione degli stranieri in Roma, o non fosse gran cosa, sino alle grandi svolte imperialistiche del III sec.a.C. (quando appunto s'ammette in genere che col *praetor*

38 P. De Francisci, *Arcana Imperii*, III. 1, Roma, 1970 (rist.), 141 ss., R. Orestano, *I fatti di formazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino, 1967, 102 ss.

39 Nörr, *Osservazioni* cit. nt. 15, 189, che aggiunge appunto come l'esaltazione da parte dei moderni "della singolarità del diritto romano", frutto di una rappresentazione più "teleologica più che storica", ne ha infatti sancito il suo permanente *Isolierung*, rendendoci refrattari alla sua probabile permeabilità alle esperienze delle altre comunità mediterranee, e ad integrarsi in quel *ius mercatorum* che ho richiamato.

peregrinus s'iniziò ad aversi una tutela efficace per gli stranieri privi di *ius commercii*[40]) o comunque fosse cosa affatto marginale, anche perché della data del primo trattato con Cartagine continuò pervicacemente a dubitarsi[41]. Tuttavia i primi passi di quello che diverrà il vasto sistema del *ius gentium* e delle varie comunanze giuridiche in ambito municipale risalgono, appunto, a questa più antica età pressoché scomparsa dalla stessa memoria dei Romani e, quindi, dalla nostra.

Abstract

A century ago, in Roman law studies, it was a rather common idea that, in ancient cities, legal protection was not immediately extended to the legal relationships between citizens and foreigners. This protection was possible only as a consequence of a special position, granted to foreigners, through the *hospitium* – private or *publicum* – or an international obligation assumed by the city as a consequence of a treatise between two sovereign cities. This was the case of the relationship between Romans and Carthaginians established by the first treatise between Rome and Carthage in 509 BC. A different position was that of the *Latini* in Rome (and of the Romans in the Latin cities): to which the same Roman law as for Roman citizens applied. This kind of assimilation was known as *ius commercii* and *conubii.* Following an idea of Dieter Nörr, the author suggests that a more general legal protection should have been granted by Romans to *all* foreign tradesmen. For that reason there were, in the XII Tables, general provisions concerning the position of foreign citizens in process, as well in private agreements. It is also possible that the typical forms of *ius civile*, such as *mancipatio*, should have been employed in these transactions, although they could not have the same consequences for what concerns the Roman *ius civile.*

40 M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 298 ss., prevede una tutela processuale dello straniero almeno già dalla meta del IV sec. a.C. Ma soprattutto a p. 104, egli ammette, con maggior chiarezza di molti altri autori, una qualche tutela già in epoca precedente, sia alla luce dello stesso trattato con Cartagine, che delle concessioni dell'*hospitium.* V. anche M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2], München, 1996, 61 s.

41 Ma v. ora invece le importanti considerazioni di G. Garbini, *La testimonianza storica delle iscrizioni di Pyrgi,* in *Rend. Acc. Lincei,* S. IX, vol. 22, 221-30, sul probabile abbassamento della datazione effettiva del primo trattato.

DAMNAS ESTO E *MANUS INIECTIO* NELLA *LEX AQUILIA:* UN INDIZIO PALEOGRAFICO?

Riccardo Cardilli*

1. Il problema della diretta esecutività con *manus iniectio* della *lex Aquilia* in base al *damnas esto* dei *verba legis* è ancora fortemente discusso. Vi sono, a mio modo di vedere, ragioni sostanziali per seguire la dottrina che la ipotizza, ed *in primis* il richiamo alla natura confessoria dell'azione e la litiscrescenza ad essa connessa ancora ricordata nella giurisprudenza classica[1]. La riconfigurazione della posizione di *damnatus ex lege* dell'autore del danno in termini di obbligazione a risarcire il maggior valore dello schiavo nell'anno o della cosa nel mese è legato al passaggio dalla tutela originaria nel processo per *legis actiones* a quello *per formulas*, all'interno di un ampio movimento di assimilazione di vari schemi giuridici nello schema dell'*oportere*.

2. In questo breve contributo, dedicato a Laurens Winkel, voglio richiamare l'attenzione su una vecchia disputa legata alla restituzione del testo delle Istituzioni di Gaio in base al palinsesto veronese (d'ora innanzi *V.*) che aveva visto impegnati i grandi fondatori della scuola storica ed i primi editori del manuale gaiano[2].

Si tratta del *folium* 96 *verso*, linee 14-17 relative alla parte introduttiva della trattazione gaiana sulla *manus iniectio*, corrispondente nelle moderne edizioni a IV, 21.

1 Cfr. per tutti, M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1996², 133; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 626. I dubbi avanzati al riguardo da C.A. Cannata, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata in età repubblicana*, (Atti Copanello 1990), Napoli, 1992, 23 ss., in particolare 43, non superano a mio modo di vedere le lucide precisazioni della rilettura del problema di G. Valditara, *Sulle origini del concetto di "damnum"*, Torino, 1998, 40 ss.

2 Per l'importanza del ritrovamento del palinsesto veronese e del riconoscimento in esso delle *Institutiones* di Gaio nella Scuola storica vd. C. Vano, *"Il nostro autentico Gaio". Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000, 5 ss.; 109 ss.; 167 ss.; F. Briguglio, "*Gaius". Ricerche e nuove letture del Codice Veronese delle "Institutiones"*, Bologna, 2008; Idem, *Barthold Georg Niebuhr und die Entdeckung der Gaius-Institutionen – tatsächlich ein "Glückstern"* in *ZSS*. CXXVIII, 2011, 263 ss.; Idem, *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, Bologna, 2012, 55 ss.; 131 ss; 208 ss.; M. Varvaro, *Le Istituzioni di Gaio e il Ms. Lat. fol. 308*, in *Sem.Compl.* XXII, 2009, 435 ss.; Idem, *Der Gaius der Preußen*, in *ZSS*. CXXVIII, 2011, 239 ss.; M. Avenarius, *L' autentico Gaio' e la scoperta del Codice Veronese. La Percezione delle Institutiones' sotto l'influsso della Scuola Storica*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 2009, 9 ss.

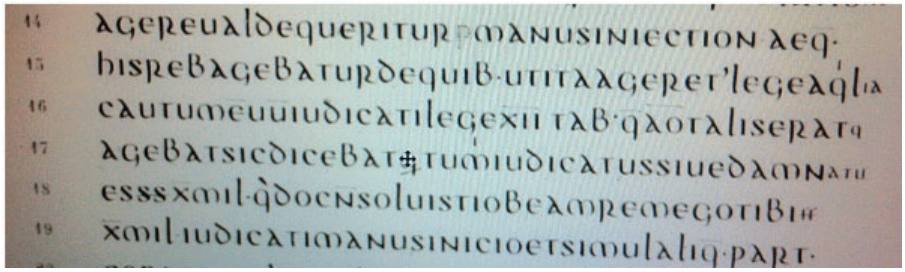
* Professore ordinario presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 110-124

Nell'attuale realtà paleografica di *V*., purtroppo, le linee 14-17 sono totalmente illeggibili. Speriamo che in una futura restituzione della *scriptura inferior* con gli strumenti innovativi ai quali Filippo Briguglio sta sottoponendo *V*. si possa ritornare a leggere quanto Studemund riusciva con relativa comodità ancora a decifrare.

Per ora mi accontento dell'apografo di quest'ultimo:

> G. Studemund, *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit*, Lipsiae, 1874, 195.



Come si legge chiaramente alla fine della linea 15 la sequenza delle lettere è:

l e g e a q^{i} l i a.

La sequenza, per come la leggeva Studemund, esprime senza dubbio un *lege Aquilia*. D'altronde, sulla lettura paleografica, né Savigny, né Hugo avevano sollevato dubbi ed avevano da ciò dedotto, oltre che dalle ragioni sostanziali sopra ricordate, che il *damnas esto* della *lex Aquilia* legittimasse una *manus iniectio* sull'autore dell'illecito e non un giudizio dichiarativo.

In particolare Gustav Hugo rafforzava questa sua convinzione richiamando la sicura ed esplicita conferma in *V.*[3]

3. I guai per la attendibilità della tradizione di *V*., rispetto alla lettura di Savigny e Hugo, cominciano con l'edizione di Goeschen. Goeschen, infatti, non dubita del testo paleograficamente tramandato, ma della correttezza della sequenza delle lettere come copiata dall'amanuense della *vetus scriptura* di *V*. e la sostituisce con un "*aliqua*"[4]. Leggiamone più attentamente le ragioni.

> *Cod. a^{i}qlia Mihi vero, quominus recta esse possit haec scriptura, adversari videtur totius loci constitutio. Quid quod, ista lectione admissa, Lege Aquilia anteriores dicendae erunt Lex Furia de sponsu, quaeque hanc praecessit, Apuleja, item Publilia? De quo valde dubito. Itaque librarium, in exaranda hac et sequente pagina toties turpi errore lapsum, in eo quoque peccasse opinor, quod a^{i}qlia scripsit, cum scribere deberet aliqua. Quod tamen ne nimis fidenter contendam, Hugonis et Savinii facit auctoritas, qui Codicis lectioni standum esse existimant*[5].

3 G. Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts bis auf Justinian,* Berlin, 1832[11], 400 e ss. ed in particolare 401-402 n. 2.

4 Sul lavoro di Goeschen si vd. F. Briguglio, *Il Codice Veronese in trasparenza* cit., 131 ss.

5 *Gaii Institutionum commentarii quattuor ex membranis deleticiis Veronensis bibliotechae capitularis eruit Io. Frid. Lud. Goeschen*, editio tertia, Berolini, 1842, 321 n. 2.

Il Goeschen quindi non contesta la versione di *V*. (confermando la correttezza delle letture di Savigny, Hugo e quella verificata poi da Studemund e presente ora nel suo *apographum*), ma fonda la scorrettezza della *scriptura* leggibile su una presunta necessità di rispettare la sequenza cronologica delle leggi richiamate nei §§ 22 ss. (*lex Publilia, lex Furia, lex Appuleia*) rispetto alla *lex Aquilia*. La sciatteria del *librarius* avrebbe cioè prodotto il leggibile (ai suoi tempi) *aq*^{i}*lia* al posto dell'originario *aliqua*. L'argomentazione del moderno editore, peraltro, trova un accoglimento quasi unanime nelle successive edizioni critiche.

Huschke, nel contributo su *Kritische Bemerkungen zum vierten Buch der Institutionen des Gaius*, nel tredicesimo numero della *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, del 1846 (p. 268 n. 25) era ancora incerto: "*Ob in 4,21 'lege Aquilia' mit der HS. zu lesen sei, ist eine Frage, die nun auch noch in ein anderes Licht tritt*".

Al contrario, nella sua edizione delle *Institutiones* di Gaio in *Iurisprudentiae anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1882 (352 n. 1), Huschke sostituisce *Aquilia* con *aliqua*. La lettura è diventata tralatizia.

Anche l'*editio* di Krüger – Studemund conferma la proposta di Goeschen[6], diventando nelle edizioni successive addirittura un dato sicuro, senza che si senta più la necessità di richiamare in nota la diversa *lectio* di *V*.[7] secondo l'*apographum* di Studemund.

La lettura che oggi si riscontra in tutte le edizioni critiche usate è la seguente:

> *per manus iniectionem aeque de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum.*

4. Senza avere in questa sede la presunzione di contestare una *communis opinio* così forte da potersi dire oramai acquisita, propongo di verificare quale potesse essere il significato della *lectio* che l'amanuense, secondo la lettura che ne faceva Studemund, ci tramanda.

> *per manus iniectionem de aeque his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur,* lege Aquilia cautum est vel *iudicati lege XII tabularum.*

La costruzione è piana, con una differenza nella esplicitazione dell'abbreviazione uū, non come *veluti,* ma come *vel*.

Studemund, al riguardo, nell'*index notarum* fa un elenco dettagliato degli usi delle abbreviazioni del palinsesto veronese.

Come si evince da uno spoglio esaustivo dell'abbreviazione uū essa può essere esplicitata sia come *vel* (soluzione preferita da Studemund alla linea 16 del foglio 195) che come *velut* o *veluti* (come poi preferiranno le letture che propongono *aliqua*).

Credo, quindi, che si possa ripensare con pacatezza sulle ragioni sostanziali e non paleografiche in base alle quali Goeschen reputava non convincente la *lectio* del *V*. Il punto fondamentale per Goeschen, è la stigmatizzata anticipazione cronologica della

6 *Gai Institutiones ad codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum in usum scholarum*, edd. P. Krüger – G. Studemund, Berolini, 1912^{6}, 161. Cfr. anche Ph. E. Huschke, *Iurisprudentiae Anteiustinianae quae supersunt*, Lipsiae, 1886, 352 n. 1.

7 *Gai Institutiones secundum codicis Veronensis apographum Studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*, ed. M. David, Leiden, 1964, 127; *Gaius Institutiones – Die Institutionen des Gaius*, hrsg. U. Manthe, Stuttgart, 2004, 333.

lex Aquilia sulla legge delle XII Tavole, ma soprattutto su quelle successive (che Gaio introduce con un *postea*) che introdussero la *manus iniectio pro iudicato*. In sostanza per Goeschen è strano che Gaio indichi come prima ricorrenza della *legis actio per manus iniectionem* quella fondata con la *lex Aquilia* e non direttamente con la legge delle XII Tavole. D'altronde, la *lex Aquilia* avrebbe dovuto necessariamente rientrare nelle *leges* che successivamente (Gai. IV, 22: *postea*) alle XII Tavole introdussero la *manus iniectio pro iudicato*. Quindi, si coglierebbe una grave incongruenza nel primo richiamo alla *lex Aquilia*.

Da un lato, se si compara tale elencazione con quella che emerge nella trattazione gaiana sulle stipulazioni di garanzia (*sponsiones*, *fidepromissiones* e *fideiussiones*) III, 121 ss. nell'ordine delle leggi (*lex Furia, lex Appuleia, lex Cicereia, lex Cornelia*), mi sembra che si abbia un ordine legato alle problematiche e soltanto parzialmente rispettoso della cronologia[8]. Questo dato è stato spesso notato in Gaio in specifici àmbiti e non soltanto proprio delle *Institutiones*, ma anche in sue altre opere.

D'altro lato, poi, va evidenziato come il richiamo della *lex Aquilia* insieme alla legge delle XII Tavole come esempi fondamentali di *manus iniectio* introdotta con *lex* potrebbe essere spiazzante soltanto se si parte dal presupposto che la *lex Aquilia* o non produceva immediata esecuzione con *manus iniectio* o, se la produceva, essa non era nella forma principale – almeno dalle XII Tavole in poi – della *manus iniectio iudicati*.

Da una parte va rilevato che Gaio sul punto sembra distinguere, specificando soltanto nel caso delle XII Tavole che si tratti di *manus iniectio iudicati*. D'altra parte, come attenta dottrina ha già ben evidenziato, non è per nulla sicuro che la diretta *manus iniectio* derivante dalla *lex Aquilia* debba per forza ritenersi *pro iudicato*. La sua posteriorità alla *lex Publilia* nulla dimostra tenendo in conto che il *damnas esto* aquiliano è il precipitato recenziore ed unificante delle sanzioni previste dall'epoca decemvirale per ipotesi specifiche[9].

5. In sostanza, Gaio ricorda come prime *manus iniectiones* introdotte da leggi pubbliche le due ipotesi probabilmente più significative e fondamentali nell'immaginario romano (la legge Aquilia e le XII Tavole) tenendo conto che la prima – pur più recente – era l'esempio emblematico di una *manus iniectio* contro il *damnatus* (fondata sul *damnas esto* della legge, mentre la *damnatio* testamentaria ricordata in Gai. III, 176 avrebbe origine consuetudinaria) e la seconda quello di una *manus iniectio* contro il *iudicatus*.

Per verificare l'attendibilità di una tale ipotesi è necessario approfondire il formulario della *solutio per aes et libram* e della *manus iniectio*.

Il formulario della *solutio per aes et libram* è ricordato in:

> *Gai*. III, 173-175: *Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum est, veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. / Eaque res ita agitur; adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur ita oportet loquatur* QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO <SECUNDUM> LEGEM

8 Cfr. al riguardo L. Parenti, *"In solidum obligari". Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito*, Napoli, 2012, 165 ss.

9 Vd. G. Valditara, *Sulle origini del concetto di "damnum"* cit., 61-62.

> PUBLICAM. *Deinde asse percutit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa. / Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet; et ita si certum sit. Quidam et de eo quod mensura constat idem existimant.*

Si tratta di un discorso che assume una sua particolare coerenza e che sarebbe fuorviante leggere separatamente in base alla scansione moderna per paragrafi. Gaio ricorda nell'àmbito dei modi di estinzione dell'*obligatio* anche ipotesi di *imaginariae solutiones*, come l'*acceptilatio* (Gai. III, 169-172) e la *solutio per aes et libram* (Gai. III, 173-174). Quest'ultima, nel manuale gaiano, è rappresentata come *genus* introdotto per cause specifiche. La prima ricordata è quella relativa a *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*, mentre la seconda, da essa distinta (*-ve*) *si quid ex iudicati causa debeatur.* A questo punto Gaio richiama il formulario dell'atto.

Il *libram primam postremamque*, come è stato giustamente notato[10], evoca un tempo nel quale la *solutio per aes et libram* importava l'effettiva pesatura (*hanc tibi libram primam, hanc tibi libram secundam ...*). I *verba solemnia* del formulario della *solutio per aes et libram* tramandati da Gaio dànno conto di una stratificazione, pur scolpendo l'effetto giuridico tipico della *solutio* librale, nella parte sicuramente più arcaica del formulario (ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA).

Gaio descrive poi il rito della *percussio* della bilancia e della *datio* del simbolo dell'asse librale al soggetto dal quale ci si libera, *veluti solvendi causa*.

In III, 175, Gaio precisa che questo tipo di *imaginaria solutio* era stata estesa per analogia (*similiter*) all'erede onerato da legato *per damnationem*. Il giurista ricorda il ragionamento che avrebbe fondato questa estensione attraverso una similitudine di significati tra il *iudicatus* che *condemnatum se esse significat* e l'erede che *testamento se dare damnatum esse dicat*. L'affermazione è importante e sembra segnare una distinzione netta tra chi è *iudicatus,* in quanto è stato dichiarato *condemnatus* in un giudizio, e chi è *damnatus* in quanto egli riconosce, dichiarandolo (*dicere*), di essere stato nel testamento *se dare damnatum*. Tale differenza non può essere attribuita ad una posizione del giurista Gaio, che in altri luoghi utilizza sinonimicamente *condemnari* e *damnari* (vd. Gai. IV, 52), ma deve essere ricondotta a strati antichi del manuale gaiano. La distinzione sostanziale non avrebbe impedito all'*interpretatio* pontificale di cogliere tra le due posizioni una similitudine ai fini della *liberatio* nell'uso della *solutio per aes et libram*.

Da quanto dice Gaio, emerge con chiarezza che la qualifica di *damnatus* è, nel legato *per damnationem*, conseguente ad una autoqualifica dell'erede in base al testamento del *de cuius* (*heres testamento se dare damnatum esse dicat*) e non conseguenza di una condanna in un giudizio. Tale precisazione gaiana è da collegare con altre fonti che sembrano, invece, qualificare il *damnare* quale attività compiuta dal magistrato o dal *iudex* o dall'*arbiter*.

10 V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1983[14], 395 n. 1; seguito da D. LIEBS, *Contrarius actus zur Entstehung des römischen Erlaßvertrags* in *Sympotica F. Wieacker*, Göttingen, 1970, 128 sg. e n. 84; O. BEHRENDS, *Der Zwölftafelprozeß*, Göttingen, 1974, 132; H.L. NELSON–U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen*, Berlin, 1999, 409. D'altronde, come nota giustamente R. MONIER, *Le sens vraisemblable de la seconde partie de la formule orale de la solutio per aes et libram*, in *Studi in onore P. de Francisci*, I, Milano, 1956, 33-35, l'inciso, da tradurre nel senso di "dalla prima ... all'ultima", è evocativo dell'effettiva pesatura.

6. In uno studio fondamentale in materia, Moritz Wlassak[11], superando la precedente ipotesi del Voigt, ha evidenziato come quella che nelle fonti più antiche sembra esprimere una originaria differenza tra *damnari* e *iudicari* (e che successivamente viene edulcorata in un uso sinonimico tra i due verbi)[12] riposa su una diversa qualifica della sentenza di condanna (*iudicari*) dal risultato della stima in denaro (*arbitrium liti aestimandae*). Ogni qual volta si fosse dovuto procedere alla stima di una *res* di specie in caso di *res iure iudicatae* o di una composizione (*damnum decidere*), volontaria o imposta, tesa ad evitare una *vindicta* in conseguenza di un illecito commesso (evidente in materia di *membrum ruptum*, ma anche di *furtum*) i romani nell'età più antica avrebbero parlato di *damnatus* e non di *iudicatus*.

Ciò si intreccia con lo stesso tenore del formulario dell'atto che Gaio riporta.

QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM[13]*, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO <SECUNDUM> LEGEM PUBLICAM.*

11 *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*. XXV, 1904, 81 ss., in particolare 174-188. La tesi di Wlassak, è stata precisata dal Broggini, nel senso di considerare il *damnare*, oltre che un'attività di parte o dell'*arbiter* e poi del *iudex* in funzione estimatoria, anche un'attività del magistrato, quale "delimitazione del potere di aggressione"; G. Broggini, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, 148 ss.

12 *Contra* D. Liebs, *Damnum, damnare und damnas. Zum Bedeutungsgeschichte einiger lateinischer Rechtswörter*, in *ZSS*. LXXXV, 1968, 173 ss., in particolare 201 ss., per il quale *damnare* e *condemnare* anche nelle fonti citate esprimerebbero un uso sinonimico (ma vd. le difficoltà interpretative a p. 231 n. 244 per spiegare l'*aut* della *sententia Minuciorum*).

13 *Condemnatus sum* riconosciuto da Studemund è, oramai, considerato sicuro. Una *lectio* parzialmente diversa è presente in P.S.I. 1182 dove si ha un *iudic*- (vd. ora l'edizione di U. Manthe, *Gaius Institutiones. Die Institutionen des Gaius*, Stuttgart, 2004, 294). E. Levy, *Neue Bruchstücke aus den Institutionen des Gaius*, in *ZSS*. LIV, 1934, 264 proponeva in base a P.S.I. 1182 di emendare il testo in *iudic<atus>* invece che *condemnatus*. V. Arangio-Ruiz, PSI. 1182. *Frammenti di Gaio*, in *Papiri greci e latini*, 11, I, 1935, nn. 1182-1222, 1-52, in particolare, 16-17, attraverso una rilettura attenta del papiro, confessava che, proprio riguardo alla l. 129 *iudic[io (con)demna][tus*, "il frammento in calce di questa pagina E-F giunse nelle mie mani un tantino più largo, ma il lembo a sinistra di E e a destra di F mi si sbriciolò fra le dita, per lo spazio di un paio di lettere, nel mio tentativo di scartocciarlo. Prima di questo incidente si leggeva benissimo IUDICIO e poi l'abbreviazione di *con*."; IX-X *addenda et corrigenda*; Idem, *Il nuovo Gaio. Discussioni e revisioni*, in *BIDR*. XLII, 1934, 571 ss., in particlare 581-582 e n. 129. Tale *lectio* è seguita da D. Liebs, *Damnum, damnare und damnas* cit., 229-230. R. Fiori, "*Ea res agatur". I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 108-109 n. 132, al contrario, sulla linea di Levy, propone un *iudic<atus vel> damnatus*, integrazione coerente al *iudicatus sive damnatus* di *Gai.* IV, 21. Tenendo conto che il formulario ricordato da Gaio è quello della *solutio per aes et libram ex iudicati causa* ritengo significativo, però, che da un lato Gaio stesso senta la necessità di chiarire in III, 175 che *iudicatus* significhi *condemnatus* (precisazione che ribalta le naturale prospettiva moderna di un significato di giudicato necessariamente condizionato da una condanna giudiziale) e che, nel senso indicato da Gaio va la stessa *lectio* dei papiri egiziani *iudicio con<demnatus>* (secondo la lettura di Arangio-Ruiz), specificando che nel formulario della *solutio* librale il *condemnatus* vada inteso come connesso ad una condanna giudiziale e non negoziale come nella *damnatio* testamentaria. In sostanza la *lectio* del *Codex Veronensis* (*condemnatus*) sembra da questo punto di vista più coerente a quanto Gaio stesso dice nel § 175 rispetto alla *lectio* di P.S.I. 1182 (*iudicio condemnatus*), potendo la precisazione "*iudicio*" avere la finalità di esplicitare qualcosa che in origine era implicito. Sul rapporto tra *damnati* e *iudicati* nei *certa verba* della *manus iniectio iudicati* vd. per il mio punto di vista *infra*.

A mio avviso, per un tentativo di spiegazione plausibile, bisogna accentuare il fatto che Gaio non sta tramandando il formulario della *solutio per aes et libram* con funzione di *nexi liberatio*, ma della *solutio per aes et libram ex iudicati causa*[14]. Tale precisazione ci riporta alla *manus iniectio iudicati* che è ricondotta dalla tradizione proprio alle XII Tavole e che materializzerebbe la prima forma di *manus iniectio* fondata su una *lex publica*, *agere* altrimenti già ritualizzato prima delle XII Tavole (*Gai*. IV, 21)[15].

Quella che troviamo ritualizzata nelle XII Tavole sarebbe, quindi, la prima *legis actio per manus iniectionem,* ma non necessariamente il più antico *agere per manus iniectionem*. È chiaro, però, che la ritualizzazione *ex lege* fissa principi e costruisce un modello fondamentale che ha forza attrattiva sulle *causae* che anche negli antichi *mores* rendevano conforme a *ius* l'esecuzione personale. A prescindere, infatti, dalle ipotesi che in dottrina talvolta sono state avanzate di immediata esecuzione del *nexum*, della *sponsio*, della *damnatio* testamentaria, del *confessus*, del *vocatus*, del *fur manifestus*, credo che non si debba sovrapporre l'ideologia del fondamento nella *lex publica* col *manum inicere*. Le XII Tavole, a fronte di una originaria varietà di tipiche forme riconosciute nei *mores* predecemvirali di una potestà di aggressione ammessa nell'ordinamento (*manum inicere*), canonizzano il rito in modo unitario[16], a prescindere dalla disciplina particolare che in origine poteva essere, a seconda della *causa*, espressione tipica di *manum inicere* non necessariamente coincidente. In questa prospettiva si debbono, a mio avviso, rileggere sia la conferma decemvirale dell'*addictio* diretta del *fur manifestus* al derubato (*Gai.* III, 189), che quella prevista dalle XII Tavole del *manum endo iacito* contro l'*in ius vocatus* recalcitrante (*tab*. I, 2)[17].

7. Tornando alla *legis actio per manus iniectionem*, secondo quanto ricorda Aulo Gellio, le XII Tavole statuivano:

> *tab*. III, 1-3: "1. *Aeris confessi rebusque iure iudicatis xxx dies iusti sunto.* 2. *post deinde manus iniectio esto. in ius ducito.* 3. *ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus xv pondo, ne minore, aut si volet maiore vincito*".

14 Puntuale al riguardo A. Salomone, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico*, Napoli, 2007, 244 ss., in particolare 247-252. Per il mio punto di vista, già, *Lege XII tabularum praeposita iungitur interpretatio*, in *Homenaje F. Hinestrosa*, Bogotà, 2003, 199 ss.

15 Sulla risalenza dell'*agere per manus iniectionem* vd. M. Kaser–K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht,* München, 1996[2], 35; G. Pugliese, *Il processo civile romano I. Le* legis actiones, Roma (Corso 1961-62), 303-304; O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit., 114 ss.; C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano I Le legis actiones*, Torino, 1980, 41 sgg.; G. Nicosia, *Il processo privato romano I. Le origini*, Torino, 1986[2], 77-98; M. Talamanca, *Processo civile* (*dir. romano*), in ED. XXXVI, Milano, 1987, 4 sgg. Al riguardo, imposta correttamente la questione con interessanti suggestioni F. Zuccotti, *Vivagni III. "Omnia iudicia absolutoria sunt"*, in *Rivista di Diritto Romano* III, 2003 (http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/) in particolare 9 ss.

16 Si è, al riguardo, parlato efficacemente di "*jurisdiktionelle Solennisierung der Haftungherrshaft*"; O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit., 116 ss.

17 In questo senso, ritengo si debbano intendere le conclusioni di M. Varvaro, *Osservazioni sulla pretesa esistenza di una legis actio per manus iniectionem in relazione al furtum manifestum*, in *AUPA*, LI, 2006, 349 ss.

La particolare costruzione *AERIS CONFESSI REBUSQUE IURE IUDICATIS* evoca, come autorevole dottrina ha già da tempo ben evidenziato, due differenti *causae* fondanti la *legis actio per manus iniectionem iudicati*. Grammaticalmente la costruzione in genitivo ed ablativo assoluto esprime l'anteriorità della *causa* alla scansione della procedura esecutiva.

Vi è innanzitutto la differenza tra *aes* e *res* che ha portato la dottrina, dal fondamentale contributo in materia di Kleineidam, a distinguere la prima *causa*, come relativa a "debiti" di *aes* sui quali vi fosse stato il *confiteri*[18]*,* e la seconda relativa a una sentenza di condanna concernente anche i "debiti" di *res* di specie*,* confermando la notizia di Gaio che contrappone la necessaria *condemnatio pecuniaria* del processo formulare ad un *ipsam rem condemnare "sicut olim fieri solebat"* (Gai. IV, 28)[19].

Da un lato, si evidenzia la sostanziale estraneità della *manus iniectio* quale procedura esecutiva dell'*agere in rem*[20]. D'altro lato, si è ipotizzata la necessaria valutazione o trasformazione in *aes* della *res iudicatae* di specie, attraverso l'*arbitrium litis aestimandae*[21]. Quest'ultimo poteva essere innervato, anche, nella procedura esecutiva nell'interesse dell'esecutato, per rendere possibile l'adempimento del *iudicatum* ed evitare il potere di aggressione del "creditore"[22].

Aes confessum, poi, evoca il *confiteri* del *pater familias* esecutato su una quantità certa di moneta[23] senza che i decemviri sentano la necessità di precisare che si tratti di un'attività svolta *iure,* cosa che invece è espressa nelle *res iure iudicatae.* A mio modo di vedere, si deve sgombrare il campo da una lettura eccessivamente tecnicizzante del *iure* quale esprimente la fase *in iure* del processo. Il sintagma *res iure iudicatae* sta ad indicare l'esistenza di una sentenza di condanna avvenuta *iure*, conformemente cioè nei tempi e nel luogo che i *mores* imponevano quale spazio giuridico dell'accertamento. La distinzione potrebbe, quindi, evocare, nel caso di *aes confessum*, l'adesione dell'esecutato all'affermazione del "creditore" davanti al titolare dell'*imperium* e *iurisdictio,* sufficiente a fondare, anche in assenza di una sentenza di condanna (*res iure iudicata*), la legittimità della *manus iniectio*.

Per Max Kaser, superando una sua precedente interpretazione, sarebbe ipotizzabile una certa capacità assorbente della *aeris confessio* rispetto alle ipotesi nelle quali il convenuto *rem non defendat* o a quelle nelle quali l'esistenza di un *aes alienum* fosse

18 F. Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwölftafeln,* Breslau, 1904, 7 ss.

19 F. Kleineidam, *Die Personalexekution* cit., 12 ss.

20 G. Pugliese, *Il processo privato romano I. Legis actiones* cit.; M. Kaser–K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht* cit., 132.

21 M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat* cit., 181; F. Kleineidam, *Die Personalexekution* cit., 26 ss.; M. Kaser-K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht* cit., 135-136.

22 O. Behrends, *Der Zwölftafelprozess* cit., 129 ss. in base a Gai. III, 78 dove in materia di *bonorum venditio*, si precisa che la vendita in blocco del patrimonio degli *iudicati* avviene "*post tempus quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur*" e Gell. *noct. Att.* XX, 1, 42: *Confessi igitur aeris ac debiti iudicatis triginta dies sunt dati conquirendae pecuniae causa.*

23 A. Bürge**,** *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*. XCIX, 1982, 128 ss.; A. Burdese, "*Sulla condanna pecuniaria nel processo civile formulare*", in *Seminarios complutenses de derecho romano* I, 175-204.

fondata su *gesta* di pubblica notorietà, come nei casi del *nexum*, del *depensum*, della *damnatio* testamentaria[24]. Tale capacità includente dell'ipotesi di *aes confessum* avrebbe soppiantato l'immediata esecutività originaria di queste ipotesi, in quanto per esse la "condanna" avverrebbe direttamente di fronte al titolare dell'*imperium* e della *iurisdictio*, senza necessità di una valutazione del *iudex* per la decisione[25].

Per l'*aes confessum* e per le *res iure iudicatae* si avevano 30 giorni per liberarsi dalla imminente *manus iniectio*. Dopo i trenta *dies iusti*, *qui agebat* affermava solennemente: "*quod tu mihi iudicatus sive damnatus es [sestertium] <assium> x milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi [sestertium] <assium> x milium iudicati manum inicio*" (Gai. IV, 21). L'affermazione trova piena corrispondenza nella procedura descritta in *tab*. III, 2. Il *quandoc*[26] *non solvisti* del formulario pronunciato dall'attore rimanda all'eventualità, persa dal convenuto, di adempiere al *iudicatum* nei trenta *dies iusti* (*ni iudicatum facit*) con *solutio per aes et libram*.

Tab. III, 3 richiama l'ulteriore possibilità di evitare *in iure* la *ductio* definitiva a casa del creditore, con l'intervento del *vindex*[27].

Il *quandoc non solvisti* pronunciato nel rito di aggressione contro il *iudicatus* attesta già l'estensione della *solutio* librale, operata in via interpretativa e recepita dai *cives* (*receptum est*)[28], da atto idoneo a liberare il *nexus* dal vincolo di responsabilità (*si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit*)[29] a atto idoneo a liberare il *iudicatus* colpito dalla *manus iniectio* (*si quid ex iudicati causa debeatur*; Gai. III, 173).

24 M. Kaser, "*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*" cit., 83 ss.

25 M. Kaser, "*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*" cit., 132.

26 Sulla cui arcaicità vd. Fest. *quando* (Lindsay 310, 34): *In XII quidem cum c littera ultima scribitur, idemque significat.*

27 G. Pugliese, *Il processo civile romano* cit., I, 312 e n.156.

28 Sul senso da dare al *receptum est* F. Gallo, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993, 49.

29 La dottrina che si è orientata a negare storicità al *nexum* quale negozio tipico formale di mutuo, reinterpreta la chiara affermazione di Gaio quale evocante non il *nexum,* ma gli effetti "obbligatori" della *mancipatio* ed il legato *per damnationem*; vd. per tutti O. Lenel, *Das Nexum*, in *ZSS*. XXIII, 1902, 84 ss., in particolare 89-90. Se si può concedere che la *solutio* potesse essere utilizzata per lo scioglimento della responsabilità del *mancipio dans* indotta dall'*auctoritas*, una tale interpretazione non è rispettosa, a mio modo di vedere, dell'*iter* logico del discorso di Gaio nei §§ 173-175 del libro terzo ed impone per il legato *per damnationem* un percorso complesso che passi dal *testamentum per aes et libram* al fine di dare un senso all'affermazione gaiana *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit* come prima ricorrenza di un uso congruo della *solutio per aes et libram.* Al contrario, è necessario rilevare come il *quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit* di Gaio abbia una incredibile assonanza sia con la definizione muciana di *nexum* (*quae per aes et libram fiant ut obligentur*) sia con la *solutio* come *nexi liberatio* in base alla definizione di Elio Gallo ricordata in Festo (s.v. *nexum*; Lindsay 160, 35). A ciò si aggiunga, come segnala esattamente C.A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II. 1, Torino, 2003, 49-50 e n. 147, che la *solutio per aes et libram* appare comunque formalmente costruita come l'atto contrario (*contrarius actus*) del *nexum*, confermando il *prout quidque contractum est, ita et solvi debet* presente in Pomp. *l. 4 ad Quint. Muc.* D. 46,3,80.

Ne incontriamo un esempio storicamente attendibile nel 385 a.C. in Liv. VI, 14, 3-5[30], dove è possibile individuare altresì una certa coerenza nella scansione della procedura esecutiva in rapporto a *tab*. III, 1-3[31].

Tale estensione espressa nell'uso di *solvere* dei *certa verba*, dato il silenzio di *tab.* III – che menziona soltanto come condizione della *ductio* il *ni iudicatum facit* – non può che essere stata il frutto dell'opera dell'*interpretatio pontificum*. Si estese l'utilizzabilità dell'atto librale di scioglimento dallo stato di responsabilità derivante da *nexum* (*solutio per aes et libram – nexi liberatio*)[32] all'ipotesi di esecuzione personale su chi fosse stato giudicato prevista dalla Legge delle XII Tavole (*solutio per aes et libram ex iudicati causa*). Potrebbe, per altro, aver avuto qui un ruolo, seguendo l'ipotesi del Kaser, la non immediata percezione – come al contrario avveniva in antico – dell'*aes alienum* realizzato con *nexum* quale *causa* fondante secondo le XII Tavole la *manus iniectio,* ma la sua necessaria ritualizzazione quale *aes confessum.* Di qui, però, l'adattamento dei *verba solemnia* che bisognava pronunciare nella *solutio ex iudicati causa* ritualizzata dai pontefici, ove si ha l'inserimento, oltre che della diversa causa della *solutio* (non più *nexus sum*, ma *condemnatus sum*) – che come abbiamo visto Gaio intende come essere *iudicatus* (Gai III, 175) – , della conformità di una tale estensione alla *lex publica.* Conformità non tanto alla lettera della *lex XII tabularum* quanto al suo spirito (*tab.* III, 1: … *triginta dies iusti sunto*; III, 3: *ni iudicatum facit* ...). L'estensione degli effetti liberatori tipici scolpiti nel formulario originario dell'atto (*ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA*) viene realizzata cogliendo una analogia tra lo stato di vincolo redimibile del *nexus* e lo stato di soggezione del *iudicatus*, in aspettativa a divenire vincolo materiale nella *manus iniectio* con l'*addictio*.

Il punto rilevante è, in ogni caso, la posizione differenziata tra il *nexus*, il *confessus,* il *iudicatus* ed il *damnatus*, che non impedisce ai pontefici di utilizzare la *solutio per aes et libram* come atto di liberazione per tutte le ipotesi.

8. Proprio il formulario che Gaio ricorda della *manus iniectio iudicati causa* secondo le XII Tavole, contiene, al riguardo, un sintagma di grande significato al riguardo.

30 *Centurionem, nobilem militaribus factis, iudicatum pecuniae cum duci vidisset, medio foro cum caterva sua accurrit et manum iniecit; vociferatusque de superbia patrum ac crudelitate feneratorum et miseriis plebis, virtutibus eius viri fortunaque "Tum vero ego – inquit [M. Manlius] – nequiquam hac dextra Capitolium arcemque servaverim, si civem commilitonemque meum tamquam Gallis victoribus captum in servitutem ac vincula duci videam". Inde rem creditori palam populo solvit libraque et aere liberatum emittit* [...].

31 *Iudicatum pecuniae* corrisponde a *tab.* III, 1; il *duci* alla *ductio in ius* di *tab.* III, 2; l'intervento di Manlio sarebbe avvenuto *in iure* per evitare la *ductio* definitiva nella casa del creditore secondo *tab.* III, 3; il *rem creditori ... solvit libraque et aere liberatum emittit* indica l'effettivo pagamento del dovuto accompagnato dall'atto formale (*libra ... et aere*) per la liberazione del debitore, particolare quest'ultimo tanto più significativo in quanto il *solvere* risulta realizzato *palam populo*. Sull'importanza della testimonianza in relazione, invece, agli *addicti* vd. L. Peppe, *Studi sull'esecuzione personale*, I, Milano, 1981,108 ed in rapporto alla *solutio* 145-146.

32 Si potrebbe ipotizzare come formulario dall'arcaica *nexi liberatio*: *QUOD EGO TIBI <tot milibus> NEXUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA*.

QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES [SESTERTIUM] <ASSIUM> X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI [SESTERTIUM] <ASSIUM> X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO

Il formulario sembra presentare una incongruenza. Esso indica la *causa* della *manus iniectio* con *iudicatus sive damnatus,* costruzione complessa che si concretizza nell'affermazione performativa dell'imposizione della *manus* in modo unitario *ob eam rem … iudicati manum inicio*[33].

Gli editori moderni delle *Institutiones* gaiane e gli autori che se ne sono occupati non sono concordi nel valore da riconoscere al *sive.* Per alcuni esso indicherebbe un'alternativa per la redazione del formulario (o ricorreva *iudicatus* o *damnatus*)[34], per altri esso esprimerebbe il ricorso del sintagma *iudicatus sive damnatus* in ogni *manus iniectio ex iudicati causa*, esprimendo o meno una endiadi[35].

Le distinte ipotesi interpretative possono altresì essere organizzate in base ad una spiegazione della *distinctio* in chiave per così dire "processuale" oppure in chiave "sostanziale"[36].

Va, per altro, evidenziato come in dottrina*,* tenuto conto della distinzione decemvirale tra *aes confessum* e *res iure iudicatae* quali ragioni distinte della *manus iniectio,* si è

33 L'assenza di un qualsiasi richiamo al *confessus*, dato l'esplicito richiamo all'*aes confessum* in tab. III, 1, deve spiegarsi proprio in relazione all'attrazione per finzione della posizione del *confessus* a quella del *iudicatus*, nella scelta di politica del diritto fatta dai decemviri di rendere la *manus iniectio iudicati* la procedura legittima di aggressione del cittadino di fronte a specifiche *causae*; vd. F. Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwolftafeln* cit., 141; O. Behrends, *Der Zwolftafelprozess* cit., 116-118; M. Kaser–K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* cit., 137.

34 P.E. Huschke, *Über das Recht des Nexum und das alte römische Schuldrecht*, Leipzig, 1846 [rist. Aalen, 1980], 10 ss., 66 n. 76; F. Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwolftafeln* cit., 138 ss.; E.I. Bekker, *Über die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse Geschichtliches Überschau*, *von der Zeit der Manusinjektion bis in die Gegenwart*, in *ZSS*. XXIII, 1902, 1 ss., in particolare 18-21; M. Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS*. XXVIII, 1907, 100 ss., in particolare 174 ss. (come varianti della *manus iniectio iudicati*); M. Kaser, *Das altrömische Ius*, Göttingen, 1949, 120 ss.; 232 ss.; G. Pugliese, *Il processo civile romano* cit., I, 307 (secondo il quale il formulario tramandato da Gaio evocherebbe due rituali distinti di *manus iniectio*, quella *iudicati* e quella *damnati*); per la particolare posizione assunta da M. Kaser, "*Unmittelbare Vollstreckbarkeit*" cit., 116, vd. *infra*; O. Behrends, *Der Zwolftafelprozess* cit., 126-128 (*damnare* conseguenza della *poena* compositiva per i *delicta*; *iudicare* come conseguenza della *iudicis postulatio* nell'*oportere ex sponsione*); C.A. Cannata, *Corso di istituzioni* cit., II, 1, 40 ss.

35 L. Mitteis, *Über das Nexum*, in *ZSS*. XXII, 1901, 96 ss, in particolare 105 ss.; S. Schlossmann, *Altrömische Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904, 143 ss. ed in particolare 150-152 n. 2, da porre, però, in relazione a quanto l'autore dice, in base a *Gai.* III, 174-175, sulla *imaginaria solutio* in materia di legato *per damnationem,* per il formulario della quale ipotizza al posto del *condemnatus sum* in caso di *iudicatus* il *testamento dare damnatus sum*; A. Magdelain, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in *RIDA*. XXVII, 1980, 212 ss., in particolare 240 ss.; R. Fiori, "*Ea res agatur*" cit., 108-112 (per cui la *damnatio* – quale determinazione del *quantum* a seguito di *litis aestimatio* – presupporrebbe sempre una *iudicatio* o una *confessio*).

36 In chiave per così dire "sostanziale" i contributi citati nelle due note precedenti di Huschke, Bekker, Kaser, Cannata, Mitteis, Schloßmann, i quali approfondiscono il problema partendo dall'esame del *iudicatus sive damnatus* della *manus iniectio iudicati* di Gai. IV, 21 in relazione alla *solutio per aes et libram ex iudicati causa* di Gai. III, 174, mentre in chiave "processuale" Wlassak, Pugliese, Behrends, Magdelain e Fiori, che esaminano le fonti gaiane sopra citate, partendo dalla distinzione tra *talionem imperare* e *pecuniae damnare* in materia di *poena* del delitto di *iniuria* di Gell. *noct. Att.* XX, 1, 37-38.

colto – come già segnalato – un significato specifico del *damnari*, in base soprattutto a Gell. *noct. Att.* XX, 1, 38[37], distinguendo tra *iudicatio pecuniae* (conseguente ad una sentenza di condanna del *iudex*) e *damnatio pecuniae* (conseguente ad una *aestimatio* di arbitri secondo Val. Prob. 4, 10).

Tale distinzione, a mio modo di vedere, è fondamentale se la si collega alla natura costitutiva e non dichiarativa del titolo dell'esecuzione, nel senso che il *iudicatum* non servirebbe per far valere il credito originario accertato definitivamente con sentenza, ma sarebbe il necessario titolo – quello della *condemnatio* del giudice – per legittimare il potere di aggressione sul *iudicatus*[38]. È, infatti, il *iudicatum* – a quanto espressamente statuiscono le XII Tavole (*ni iudicatum facit*) – il titolo che giustifica il potere di aggressione sul cittadino e non il rapporto originario. Ora tale precisazione dogmatica coglie una differenziazione tra il momento costitutivo della posizione di responsabilità per il pagamento di una somma certa a seconda che essa derivi direttamente dalla sentenza del *iudex* (ipotesi di *iudicatum*) – ed al di là del titolo originario del rapporto – oppure che essa sia conseguenza di una *damnatio*, sia quella "negoziale", sia quella derivante dalla particolare procedura estimatoria successiva alla *iudicatio*. Mi sembra, infatti, che si evidenzi nella dottrina che si è occupata del problema una certa incomunicabilità di dati che le fonti attestano e che al contrario non possono essere esaminati disgiuntamente. Vi sono *damnationes* che non presuppongono un *iudicatum* (*damnatio* testamentaria e quella *ex lege* in relazione ad alcuni illeciti) e la *damnatio* conseguenza della *aestimatio* degli arbitri successiva alla *iudicatio*. Gell. *noct. Att.* XX, 1, 46[39], in relazione a *tab*. III, ricorda il *ius paciscendi* teso ad evitare la caduta *in vinculis* del *iudicatus*. Lo stesso Gellio in *noct. Att.* XX, 1, 37-38 sopra visto[40], evidenzia come nella *interpretatio* alle XII Tavole fosse maturato un rituale di *aestimatio iudicis*, anello intermedio tra composizione volontaria (*ius paciscendi*) e valore compositivo imposto dalla legge, quando le parti coinvolte, pur esclusa di comune accordo la *talio,* non riuscissero però ad accordarsi sull'entità della composizione. La *aestimatio* è imposta dal *iudex* ed è necessaria per determinare l'entità compositiva per sciogliere la posizione di responsabilità prodottasi direttamente col *talio esto* della legge. Se si valorizza al riguardo Cat. *orig.* 4, frg. 5 (Jordan) che evoca una *talio* anche per l'*os fractum* (*si quis membrum rupit aut os fregit, talione proximus cognatus ulciscitur*), potrebbe cogliersi un movimento consuetudinario, guidato dalla *interpretatio pontificum,* che perfeziona la composizione volontaria sul piano del

37 *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo ho ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

38 M. Talamanca, *Relazione conclusiva*, in "*Praesidia libertatis*". *Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana*, Napoli, 1994, 317.

39 *Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta.*

40 *Quod edictum autem praetorum de aestimandis iniuriis probabilius esse existimas, nolo ho ignores hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat, atque ita, si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.*

quantum di riscatto, attraverso la statuizione *ex lege* della entità compositiva[41]. Le parti, in sostanza, d'accordo nella scelta compositiva, ad un livello più profondo del senso del *ni cum eo pacit* delle XII Tavole, non trovano l'accordo sul *quantum* della composizione. Le *aestimationes* consuetudinarie avrebbero rappresentato un modello di riferimento del *quantum* fissato *ex lege* quale *poenae esto*. L'*aestimatio iudicis* ha quindi la funzione di integrare il *pacisci* compositivo della *poena*, quasi che tale determinazione sia percepita come comunque attratta nell'alveo della composizione negoziale, producente un *dare damnatus sum.* In questa chiave di lettura potrebbe cogliersi una unità di fondo di natura per così dire "negoziale" nel significato del *damnatus*, distinto dal *iudicatus*, che potrebbe avvicinare i due orientamenti dottrinali ("processuale" e "sostanziale") sopra richiamati.

A mio modo di vedere, fondamentale per comprendere l'incongruenza tra il *iudicatus sive damnatus* e il *iudicati manum inicio* della *manus iniectio iudicati*, è quanto lo stesso Gaio precisa in materia di *solutio per aes et libram* in III, 175, dove appunto si dice che *sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat*. Gaio intende il significato di *iudicatus* come colui che è stato condannato. Se nel formulario tramandato – e al quale Gaio attinge – vi fosse stato scritto in origine *iudicatus,* rappresentando il *condemnatus* un ammodernamento gaiano più coerente alla *condemnatio* formulare[42], non si spiegherebbe come mai lo stesso Gaio senta la necessità di sciogliere la presunta incongruenza nel formulario tra il *condemnatus sum* e la qualifica della *solutio per aes et libram* richiamata come *ex iudicati causa* (Gai. III, 173).

Il *condemnatus sum* che fonda la causa del *solvo liberoque* conferma pienamente, nella prospettiva di Gaio, la genuinità del formulario della *solutio p.a.e.l.* quale *solutio* necessaria a liberare il *iudicatus* e il *damnatus*. La seconda affermazione (*ita heres testamento se dare damnatum esse dicat*) non impone di ritenere che il *damnatus* non dichiarasse *condemnatus sum* (almeno fino alle XII Tavole), ma che fosse naturale considerare il *damnatus* come un *condemnatus* mentre la cosa andasse chiarita per il *indicatus*. Ciò comporta che la *solutio per aes et libram* liberatoria di una *damnatio* testamentaria avrebbe avuto un formulario eguale negli effetti (*me eo nomine a te solvo liberoque*)e nella causa (*condamnatus sum*).

9. Se, ora, poniamo in rapporto questa tipicità causale con le *causae* della *manus iniectio ex iudicati causa* sembra che nella disciplina decemvirale una tale tipicità non sia qualificante, in quanto entrambe le *causae* (*damnatus* e *iudicatus*), in base a Gai. IV, 21, sarebbero richiamate insieme nel titolo della esecuzione (*QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES*) e sciolte in chiave unitaria nella dichiarazione performativa del *iudicati manum inicio*. Ciò è a mio modo di vedere significativo e dimostra un protagonismo assunto dalla *legis actio per manus iniectionem ex iudicati causa* delle XII Tavole (Gai. IV, 21: … *veluti iudicati lege XII tabularum*) rispetto a quelle esistenti in età

41 Sul punto vd. ora M. Talamanca, *Delitti e pena privata nelle XII Tavole*, in *Forme di responsabilità in età decemvirale*, a cura di L. Capogrossi Colognesi–M.F. Cursi, Napoli, 2008, 80 ss.; M.F. Cursi, *La formazione delle obbligazioni "ex delicto"*, in RIDA. LVIII, 2011, 143 ss.

42 Pensa, invece, ad "un adeguamento alla terminologia della procedura formulare" con la sostituzione dell'originario *iudicatus* con *condemnatus* C.A. Cannata, *Corso di istituzioni* cit., II, 1, 45; così anche R. Fiori, *Ea res agatur* cit., 108 n. 132.

predecemvirale, nell'alveo della quale l'*interpretatio* pontificale tende ad attrarre ogni ipotesi preesistente di *manus iniectio* (quale *agere* fondato nei *mores*) nella *manus iniectio* quale *agere* fondato sulla *lex publica*. D'altronde, la cosa per il *confessus* è sicura[43] e potrebbe ipotizzarsi anche per il *damnatus* (testamentario o a seguito di *litis aestimatio* della *poena* pecuniaria, come riscatto dalla *vindicta*). Ciò implica una scelta di politica del diritto ben precisa, quella di presupporre a fondamento dell'esecuzione personale con *manus iniectio* su un cittadino una verifica da parte del titolare dell'*imperium* e della *iurisdictio* delle cause, ed in particolare proprio quelle che i *mores* predecemvirali riconoscevano diverse dal *iudicatum*, verifica che avrebbe fondato l'esecuzione in modo unitario[44].

Qualcosa di analogo è percettibile anche nella *solutio per aes et libram*, della quale è sicura l'originaria tipicità causale delle ipotesi nelle quali si poteva ad essa far ricorso per la liberazione (*nexi liberatio*, *damnatio* testamentaria e *iudicatus*). Gaio, infatti, pur ricordandone tre diverse *causae* (III, 173: *veluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur*; III, 175: *similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est*), riporta *esclusivamente* il formulario della *solutio p. a.e.l. ex iudicati causa* con la ricorrenza del *condemnatus sum* e del *secundum legem publicam*.

Il *damnas esto*, sia quale espressione della *damnatio* testamentaria, sia quale conseguenza della *aestimatio* arbitrale a seguito del *pactum* compositivo dei delitti, sia quale sintagma presente in alcune *leges publicae,* dimostra, nella sua attrazione nell'alveo della *manus inectio iudicati,* di conservare il ricordo di una sua autonomia sostanziale (*iudicatus vel damnatus*). Il che conferma nella sostanza la lettura di Studemund del palinsesto veronese nel senso di una qualificazione differenziata tra *manus iniectio ex lege Aquilia (damnas esto)* e *manus iniectio iudicati ex lege XII tabularum.*

Probabilmente, prima delle XII Tavole, le *manus iniectiones* "consuetudinarie" esercitate contro il *damnatus* prevedevano nel loro formulario il titolo esecutivo in modo tipico (solutio*: quod ego tibi tot milibus damnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra*; manus iniectio: *quod tu mihi damnatus es X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi X milium damnati manum inicio*).

Con la ritualizzazione decemvirale del modello della *manus iniectio iudicati* si fissa, per così dire, un *habeas corpus* imprescindibile del *civis* esecutato al quale vengono ricondotte in chiave assimilatrice le diverse *causae* predecemvirali di *manus iniectio*, le quali tutte (*nexus, damnatus, confessus, iudicatus*) oramai vengono precipitate nel performativo *iudicati manum inicio*.

La legge Aquilia conserva il costrutto più antico della pena alla *manus iniectio* (*damnas esto*), fondata sulla qualifica dell'autore quale "*damnatus*", come nelle ipotesi tipiche di danno dell'età decemvirale, fondando una diretta *manus iniectio iudicati* che

43 Fondamentali, al riguardo, F. Kleineidam, *Die Personalexekution der Zwolftafeln* cit., 141; M. Kaser, *"Unmittelbare Vollstreckbarkeit"* cit., 84 e n. 15.

44 Fondamentale, al riguardo, M. Kaser, *"Unmittelbare Vollstreckbarkeit"* cit., 84 e n. 15; 116.

non era per definizione una delle *manus iniectiones pro iudicato* introdotte da leggi successive alle XII Tavole ma precedenti a quella[45].

Abstract

Over the last decades, scholars analysed the matters concerning the direct effect with *manus iniectio* of the "*damnas esto*" of the *lex Aquilia* only from a substantive law perspective. The author here emphasises the relevance of Studemund's *apographum* of *Gai.* IV, 21 and tests the weakness of Goeschen's hypothesis compared to Studemund's interpretation of the *Codex Veronensis*.

45 Senza ipotizzare l'attrazione postdecemvirale anche della *m.i.* fondata sulla *damnatio* nella *m.i. iudicati*, le conclusioni di G. Valditara, *Sulle origini del concetto di "damnum"* cit., 60 ss. in relazione alla natura della *manus iniectio ex lege Aquilia* sono da condividere nelle conclusioni sulla esperibilità di una *m.i.* contro il *damnatus* da non ascrivere a quelle "*pro iudicato*" simili a quelle introdotte dalla *lex Publilia* e dalla *lex Furia de sponsu*.

ONUS PROBANDI: LA FORMACIÓN DEL ARTÍCULO 1.698 DEL CÓDIGO CIVIL DE CHILE

Patricio-Ignacio Carvajal* **

El artículo 1.698 inciso primero del Código Civil de Chile señala: "Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta". Ya he dedicado otro estudio[1] a su tradición romanista, el cual sirve de base al que ahora presento como merecido homenaje para mi colega y amigo, Prof. Laurens Winkel, con ocasión de su jubilación. Sin embargo, me parece útil retornar sobre algunas precisiones relativas a la manera en que se llegó a la formulación literal de este artículo 1.698. Este ejercicio no es meramente académico, sino que entraña también un interés práctico. En efecto, el *Artículo final*[2] del mismo Código Civil de Bello, declara vigente todo el derecho preexistente (histórico) sobre prueba de las obligaciones, siempre que dichas normas anteriores no sean "contrarias a las disposiciones de este Código"; y habida cuenta de que los antecedentes históricos de un artículo por definición no podrían oponerse al texto legal que sustentan, entonces todas las fuentes del artículo 1.698 son derecho vigente y, por tanto, aplicable. De ahí el especial interés de la cuestión.

Como se sabe, la sustancia de la norma codificada tiene como precedente el conocido texto de Paulo, 69 *ad Ed.*, D. 22.3.2: "(e)i incumbit probatio qui dicit, non qui negat". Pero es especialmente importante considerar también otros textos, todos vinculados a la materia del mutuo, en que dicha regla encontró de una u otra forma aplicación. En especial, se debe tener a la vista el rescripto emitido por Septimio Severo y Antonino Magno Caracalla (a. 196), C. 4.19.1, que a todas luces sirvió de modelo literal al artículo 1.698 del Código Civil.

C. 4.19.1: *Tal como el acreedor se obliga a acreditar el dinero entregado que pide, así a la inversa el deudor, que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto*[3].

Art. 1.698: *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta*.

1 Carvajal, P. I. (2012): *Non liquet! Facilidad Probatoria en el Proyecto de un Nuevo Código Procesal Civil*, Revista Chilena de Derecho 39.3: pp. 565-604.

2 "Artículo final. El presente Código comenzará a regir desde el 1 de enero de 1857, y en esa fecha quedarán derogadas, aun en la parte que no fueren contrarias a él, las leyes preexistentes sobre todas las materias que en él se tratan. / Sin embargo, las leyes preexistentes sobre la prueba de las obligaciones … sólo se entenderán derogadas en lo que sean contrarias a las disposiciones de este Código".

3 "*Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet*".

* Profesor, Pontificia Universidad Católica de Chile.

** Este artículo forma parte del Proyecto Anillo-CONICYT, código SOC 1111.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 125-133

La adopción de este modelo de C. 4.19.1 se encauza a través de dos vertientes históricas. La primera es el trabajo de los juristas del área francesa, quienes, sin quebrar el hilo de continuidad, terminaron por dar una formulación concisa y sintética de las nociones que habían recibido de sus antecesores medievales sobre la regla paulina y los demás textos del *Corpus Iuris*. La norma resultante de este proceso fue el artículo 1.315 del *Code Napoléon*. Pero la historia de las fuentes de nuestro artículo 1.698 no termina aquí, pues la redacción de ambos preceptos legales no es idéntica. Lo anterior se explica por la intermediación de Florencio García Goyena, quien constituye la segunda vertiente histórica de las fuentes del artículo 1.698 del Código Civil de Chile. Si bien García Goyena tuvo a la vista la norma del código francés, la redactó con cierta libertad atendiendo también a la recepción hispánica del *ius commune* a través de las Siete Partidas y, en consecuencia, a la propia tradición romanista.

1. Bajo el orden de ideas ya expuesto, la aproximación hacia la norma del artículo 1.698 del Código Civil de Chile debe comenzar a través del trabajo de los juristas franceses. En particular por Cuyacio (1522-1590), quien comentó el texto de Paulo, 69 *ad Ed.*, D. 22.3.2, por primera vez, de la siguiente manera:

> *... Indistintamente di, 'al que dice', 'al que afirma'. En consecuencia, bien sea el actor, bien sea el demandado: pues también el demandado, 'que dice', debe probar una vez opuesta la excepción ... La negación no es una excepción: y por tanto de la mera negación, la cual se entiende que no tiene la misma fuerza que una afirmación, no hay ninguna prueba, C. 4.19.8 y 23; y C. 4.30.10*[4].

Y añadió más tarde:

> 'Al que dice': *esto es, quien afirma*. 'No al que niega': *esto es, quien hace* inficiatio*, quien niega absolutamente. Pues quien niega, incluso si quiere probar, no puede, C. 4.30.10, Cicerón,* De partitione oratoria *104: 'de nada de esto, puesto que niega el hecho, o puede, o debe, o suele dar prueba', lo mismo en Antonio* [Faber, 1557-1624][5]*. / En la Glosa '*Pero para que veas esto plenamente, y di que es triple)*'. Aquí se estatuye todo el asunto… En verdad, las* inficiationes *por la naturaleza de las cosas no pueden probarse, como si el acusado de homicidio, niega. Por lo tanto, quien niega, esto es quien hace* inficiatio*, aquél niega absolutamente*[6].

4 "*... Indistincte ait, qui dicit, qui affirmat. Sive igitur actor sit, sive reus nam & reus, qui dicit, opposita exceptione probare debet ... Negatio non est exceptio & ideo nec negationis merae, cui scilicet affirmatio vi ipsa non inest, ulla probatio est, l. 8 & l. actor, C. de probat., l. asseveratio, C. de non. numer. pecun*". Cfr. Cujacius, J. (1838): *In Libri LXIX Pauli ad Edictum Commentarii seu Recitationes Solemnes* (en Opera ad Parisiensem Fabrotianam Editionem, 5, ex Officina Frate. Giachetti, Prati) col. 1310 (L. II.).

5 Faber, A. (1623): *De Erroribus Pragmaticorum et interpretum iuris chiliadis,* Pars Prima (sumptibus Samuelis Crispini, Genevae) p. 506 (19.1).

6 "*Qui dicit. id est qui affirmat.* Non qui negat. *id est, qui inficiatur, qui absolute negat. Nam qui negat, etiam si vellet probare, non posset l. asseveratio C. de non num. pec. Cic. in partitionibus nemo eius, quod negat factum, aut potest, aut debet, aut solet probationem reddere. Idem in Anton. / In gloss. Ubi ut autem hac plene videas, dicque triplex) Hac de re tota sic statuendum est ... Verum inficiationes per rerum naturam non possunt probari, ut si accusatus caedis, neget. Ergo qui negat, id est qui inficiatur, is absolute negat*". Cfr. Cujacius, J. (1597): *Notae Solemnes in Digestorum seu Pandectarum Libros L. ...* , (ex Officina Paltheniana, sumptibus Ionae Rhodii, Francofurti) p. 163 (D. 22.3.2).

Para Cuyacio, la máxima de Paulo se estructura en el eje afirmación-*infitiatio*. Y aflora con claridad que el mutuo, aquí según C. 4.30.10, es su paradigma en materia civil. Si bien ambos elementos, la regla del *onus probandi* y su aplicación al mutuo, ya se encuentran en las obras medievales[7], a partir de ahora quedaron fijados para la posteridad del contenido de esta regla, gracias a la inmensa autoridad del humanista.

Así, sobre esta base, el texto romano sobre la carga de la prueba en el mutuo de C. 4.19.1, va a cobrar entonces una importancia fundamental, dada su redacción breve y expresiva, como modelo o tipo en el tratamiento del *onus probandi*. De ello, da cuenta muy exactamente Donelo (1527-1591), al poner nuestro texto de C. 4.19.1 en relación con la regla paulina:

> (*c*)*uando se pregunta en juicio: quién deba probar, o a quién incumba o la prueba, o la carga de la prueba, al respecto se entrega universalmente esta regla de certeza de derecho: 'incumbe la prueba al que dice, no al que niega', D. 22.3.2. En este rescripto se declara no sólo ser verdadera esta regla, sino también ser perpetua, pues igualmente corresponde al demandado no menos que al actor. Y ello se declara con este ejemplo. Por una acción personal alguien pide en juicio 10 mutuados a Ticio, los cuales aquél dice de sí haber dado en mutuo. Esto debe satisfacer y probar el actor, no porque pide dinero, o porque esto sea algo propio de la acción personal; sino porque dice, y por la justa regla arriba escrita, aquel que dice, debe probar. Lo que, sin embargo, debemos entender así, siempre que el demandado Ticio niegue de sí haber recibido el mutuo. Pues si reconoce, la cuestión es concedida, como dijimos al inicio, pues al actor no se exige prueba en una materia confesada … Puesto que si el demandado confeso de la pretensión del demandante (haber recibido en verdad para sí el mutuo), dice sin embargo haber él pagado a aquél; ya esto el demandado lo debe probar, no en cambio por el actor* [sc. se debe probar] *ser pagado el dinero. No lo haga, a su vez, porque ello sea propio de esa defensa (porque el demandado dice de sí haber pagado aquello), sino que, por la justa regla superior, el que dice debe probar … tal vez deba probar uno y otro: el demandante, el dinero por sí entregado, porque dice; y el demandado, el dinero pagado*[8].

7 Nörr, K.W. (2012): *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus* (Springer Heidelberg, Dordrecht, London, New York) pp. 127-129.

8 "*Cum quaeritur in iudicio quis probare debeat, seu cui incumbat vel probatio, vel onus probationis, de eo haec regula iuris certi in universum traditur ei incumbit probatio, qui dicit, non ei qui negat, L. 2. D. eo. Hoc rescripto declaratur, non solum hanc regulam veram esse, sed etiam esse perpetuam, nam pariter ad reum pertinere non minus quam ad actorem. Idque declaratur hoc exemplo. In actione in personam petit aliquis in iudicio 10. mutua a Titio, quae se dicit ei mutuo dedisse. Hoc actor implere & probare debet, non quia pecuniam petit, aut quia hic quicquam sit proprium actionis in personam; sed quia dicit, & iuxta regulam supra scriptam, is qui dicit, probare debet. Quod tamen sic accipere debemus, si modo Titius reus neget se mutuum accepisse. Nam si fatetur, quaestio sublata est, ut initio diximus, nec in re confessa probatio ab actore exigitur … Quod si reus de intentione actoris confessus dicit, se mutuum quidem accepisse, sed se ei solvisse; hoc iam reus probare debet, non autem actor, pecuniam non esse solutam. Quod rursum non fit, quia id proprium sit huius defensionis, ubi reus se quid solvisse dicit; sed quia dicit, & iuxta regulam superiorem qui dicit, probare debet … num uterque probare debeat actor pecuniam a se numeratam, ut dicit; & reus pecuniam solutam*". Cfr. Donellus, H. (1765): *Commentariorum in Codicem Iustiniani,* volumen primum, en *Opera Omnia,* 7, (Typis Joannis Riccomini, Lucae) cols. 1009-1011 (C. 4.19.1).

Por su parte, Jean Domat (1625-1696) va a sintetizar aún más lo expuesto por Donelo en dos lugares. Señala, primero, que

> (*e*)*n las excepciones ha de decirse, que el demandado debe fungir de demandante entre las partes: y satisfacer la misma excepción, como una pretensión: por ejemplo, si se usa una excepción de pacto convenido, debe mostrar haber hecho un pacto convenido, D. 22.3.19 pr. / Porque el acreedor, que pide el dinero entregado, se obliga a satisfacer; así por su parte el deudor que lo afirma pagado, debe prestar prueba de este asunto, C. 4.19.1*[9].

Y luego retoma este mismo fragmento de su obra en sus *Leyes Civiles en su Orden Natural* 3.6.1.5, añadiendo lo siguiente:

> *Como los que presentan las demandas están obligados a dar prueba de los hechos que alegan para fundarla; si por su parte los demandados alegan hechos de los que se sirven como fundamento para sus defensas, deben probarlos. Así un deudor que reconociendo la deuda alegue un pago, debe dar prueba. Y aunque sea demandado, él se considera respecto de ese hecho como demandante*[10].

Con todo esto, ya estaba preparada la recepción de la regla de la carga de la prueba por Pothier (1699-1772), quien, después de haber enfrentado las fuentes romanas en sus *Pandectae*[11], señaló en su *Tratado de las Obligaciones*:

> *El que se pretende acreedor de alguno está obligado a probar el hecho o la convención que produjo su crédito, cuando es negado; al contrario, cuando la obligación está probada, el deudor que pretende haberla cumplido está obligado a probar el pago*[12].

Este enunciado de Pothier es una evidente generalización que se aplica a toda relación obligatoria; pero, en último término, se refiere al paradigma proporcionado en las fuentes

9 "*IX. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem, velut intentionem, implere ut puta, si pacti conventi exceptione utatur, docere debet pactum conventum factum esse l. 19. / Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogit*ur; ita rursum debitor qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet. l. I. Cod. de Probat.". Cfr. Domat, J. (1703): *Legum Delectus ex Libris Digestorum & Codicis ad Usum Scholae et Fori* (ex oficina Wetsteniana, Amstelaedami) p. 244 (Lib. XXII, Tit. III).

10 "*Comme ceux qui Font des demandes sont obligez de faire la preuve des faits qu'ils alleguent pour les fonder; si les défendeurs de leurs part alleguent des faits dont ils se servent pour le fondement de leurs défenses, ils doivent les prouver. Ainsi un debiteur qui reconnoissant la dette allegue un payement, doit en faire preuve. Et quoyqu'il soit défendeur, il est consideré à l'égard de ce fait comme demandeur*" (luego, cita el texto transcrito en n. anterior). Cfr. Domat, J. ([2]1701): *Les loix civiles dans leur ordre naturel,* 2 (Chez Nicolas Gosselin, Paris) p. 354.

11 Pothier, R.J. (1819): *Pandectae Justinianeae, in novum ordinem Digestae, cum Legibus Codicis, et Novellis …* , 4 (Garnery, Fr. Ign. Fournier, Parisiis) p. 276 (Lib. 50, Tit. 17, Sectio 7, Art. 2 §1.MDL).

12 "*729. Celui qui se prétend créancier de quelqu'un est obligé de prouver le fait ou la convention qui a produit sa créance, lorsqu'elle est contestée; au contraire, lorsque l'obligation est prouvée, le débiteur qui prétend l'avoir acquittée est obligé de prouver le paiement*". Cfr. Pothier, R.J. (1830): *Traité des Obligations, en Oeuvres Complétes de Pothier …* , 1, (ed. Rogron/Firbach, Eugène Crochard, Paris) p. 524.

y la historia de la ciencia jurídica por el mutuo, tal como señalaban Donelo y Domat[13]; y, tal como explicaba Cuyacio – quien también tenía en mente el caso del mutuo – ahora se puede entender de la siguiente forma la regla de Paulo: "*incumbe probar al demandante que afirma, no al demandado que hace* infitiatio". No se olvide tampoco, que ya desde el Derecho romano post-clásico y justinianeo, ese límite de la carga de la prueba en la *infitiatio* respondía a la interdicción de la prueba diabólica, considerada *contra natura rerum*.

Desde aquí, estamos a un paso de la recepción de Pothier[14] en el artículo 1.315 del *Code Napoléon*:

> *El que reclame la ejecución de una obligación la debe probar. / Recíprocamente, el que pretenda liberarse, debe probar el pago o el hecho que produjo la extinción de su obligación*[15].

A manera de breve recapitulación, se puede decir que la regla simplificada como "el que alega algo lo debe probar", plasmada ahora en el artículo 1.315 del *Code Napoléon*, se funda en la hipótesis de un mutuo respecto del cual las partes se contraponen a través de una afirmación y una negación del tipo conocido como *infitiatio*; esto es: un mutuo entregado por el demandante y negado por el demandado – del cual debe dar prueba el demandante; o, pagado por el demandado y obviamente negado por el demandante – de lo cual debe dar prueba el demandado.

2. Por otro lado, el derecho castellano había recibido la cuestión que nos ocupa a través de las Siete Partidas (c. 1265) y su comentario por Gregorio López (1555). La materia aparece en P. 3.14.1-6. En la P. 3.14.1 se lee: "… non es tenuda la parte de provar lo que niega porque non lo podria fazer bien assi como la cosa que non se puede mostrar nin provar segund natura. Otrosi las cosas que son negadas en juyzio non las deven, nin las pueden probar aquellos quelas niegan si non en aquella manera que diremos adelante en las leyes de este titulo". Queda así asentado el principio paulino –pero al menos en esta parte con clara alusión, no al Digesto, sino al caso de la no recepción del dinero en mutuo de C. 4.30.10: "*naturali ratione probatio nulla est*" = "non se puede mostrar nin probar segund natura". Del mismo modo se anuncian las excepciones que se indicarán en los pasajes siguientes, respecto de las cuales podemos hacernos una idea

13 Vid., acusando la extrema síntesis de Pothier y recomendando el tratamiento de Domat, Planiol, M. ([7]1917): *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2, Les preuves. Théorie générale des obligations. Les contrats. Les privilèges et les hypothèques (Libraire Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris) p. 2 y n. 1.

14 En los Proyectos del Código Civil francés se previó el artículo como 204 y después como 211. Respecto del actual 1.315 se observa una importante diferencia de redacción al inicio. Originalmente se decía "l'exécution d'une convention", lo cual al interior del Consejo de Estado se decidió generalizar por la fórmula actual: "l'exécution d'une obligation". Dicho estado original de la disposición es importante, puesto que, aunque no haya registro explícito de ello, el cotejo hace bastante obvio que el modelo fue el Tratado de obligaciones de Pothier, ya citado, en que se decía "le fait ou la convention qui a produit sa créance". Vid. Fenet, P.A. (1827): *Recueil Complet des Travaux Préparatoires du Code Civil*, 13 (Imprimerie de Marchand du Breuil, Paris) pp. 36, 111, 137, esp. 165, 204, 290, 376, 377, 440.

15 "*Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. / Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation*".

general a partir de la glosa hecha por Gregorio López al fragmento transcrito: "'Pueden provar aquellos que los niegan': *donde, de la triple negativa, de hecho, de derecho, o de cualidad, dice* [sc. la doctrina] *de la de hecho que es improbable, a menos que tenga determinación de lugar, o de tiempo, o una afirmativa implícita, porque no son causa de las negaciones*"[16]. Como se ve, esto no tiene nada de nuevo, sino que es la recepción de las nociones alcanzadas por el *ius commune*.

Con todo esto a la vista, Florencio García Goyena (1783-1855) va a repetir las doctrinas medievales y modernas en su edición del libro práctico conocido como *Febrero Reformado*. Parte desde el principio de que la afirmación es probable, en cambio la negación es improbable; para añadir inmediatamente las distinciones de negativa de derecho, de cualidad y de hecho, con sus correspondientes matices:

> *4.917 En juicio, por punto general, la prueba incumbe al actor, porque generalmente funda su intencion en afirmativa probable, y no al reo que afianza la suya en escepcion negativa improbable. De este principio se deduce la mácsima, de que no probando el actor, debe ser absuelto el reo (Ley 1, tit. 14, Part. 3).*
>
> *4.918 Sin embargo, como la negación misma puede envolver una afirmacion, el demandado debe igualmente en este caso probar los hechos que demuestren su negativa.*
>
> *4.919 Puede decirse pues como regla general que estando consignada la obligacion de la prueba sobre el principio de que ha de probar quien de cualquier modo afirma, incumbe esa obligacion al demandado cuando su negativa puede resolverse en una proposicion afirmativa …*
>
> *4.920 Generalmente hablando, la negacion ó proposicion negativa es de tres maneras: de derecho, de cualidad y de hecho.*
>
> *4.921 La negativa de derecho es aquella por la cual se afirma que alguna cosa no es conforme á derecho ó no está permitida por él; por ejemplo, que uno no puede ser juez, abogado, testigo, &c. Esta se puede probar indirectamente, haciendo ver por la ley y demas medios oportunos que en él no concurre el defecto que se le imputa: debe por consiguiente probarla quien niega (Leyes 2 y 4, tit. 14, Part. 3).*
>
> *4.922 La negativa de cualidad es aquella por la que se niega concurrir en alguno cierta cualidad. Si esta es de las que todos naturalmente tienen, como capacidad, claridad, entendimiento, falta de mayor edad en la época en que contrajo la obligacion &c., debe probarse por el litigante que niega. La negativa en este caso es el fundamento de su intencion, y aquella induce una afirmativa que transfiere la obligacion de justificar al negante: la presuncion està por su contrario, y deberà deferirse á solicitud de éste, aun sin prueba suya, siempre que el que negó la cualidad no probase lo conveniente.*
>
> *4.923 Si es de las cualidades que competen accidentalmente a alguno y no naturalmente á todos, como por ejemplo la nobleza, el grado de doctor &c., toca la prueba al afirmante: asimismo si dice que es mayor de edad y se le niega, porque en estos y otros casos semejantes no se atiende á lo material de la afirmativa, sino que cada uno es fundamento de su intencion.*

16 "*… ubi de triplici negativa facti, iuris, seu qualitatis facti dicit improbabilem, nisi habeat determinationem loci, vel temporis, vel implicitam affirmativam quia negationum non sunt causae*". Cfr. Tercera Partida, en Las Siete Partidas, Andrea Portonariis, Salamanca, 1555, fol. 67 vlta.

4.924 La negativa de hecho, que se estima como improbable por naturaleza, es de tres maneras: una pura, simple, absoluta é indefinida: otra que envuelve en sí afirmativa, y otra coartada.

4.925 La primera es la que no determina tiempo, lugar ni circunstancia alguna; como, por ejemplo, la de no haber contraido ó no haber hecho lo que se le imputa. Esto no se puede probar por el negante, y asi le basta negar, porque de hecho no se presume (Leyes 1 y 2, título 14. Part. 3).

4.926 La negativa que envuelve en sí afirmativa es, por ejemplo, cuando dijo alguno que no renunció ó no contrajo espontáneamente; pues al mismo tiempo afirma un hecho, la coacción, la violencia que sufrió para renunciar ò para contraer: en este caso incumbe la prueba al que negando un hecho afirma otro implícitamente.

4.927 La negativa coartada es la que induce cierta limitacion de lugar, tiempo y circunstancia determinada. Por ejemplo, se imputa á uno una muerta hecha tal dia, en tal parte y à tal hora: si niega que estuvo en aquel sitio y en tal ocasion porque no pudo hallarse en él estando en otro, debe probar que á la sazon misma se hallaba en parte distinta, porque su negacion se reduce á afirmar esto mismo[17].

Más tarde, el mismo García Goyena señaló en el artículo 1.196 de sus *Concordancias*: "Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su estincion al que la opone"[18]. Aquí, como puede observarse, se encuentra el modelo inmediato que tuvo a la vista Andrés Bello para redactar nuestro artículo 1.698:

Art. 1.196: *Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su estincion al que la opone*.

Art. 1.698: *Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.*

Si bien la redacción de García Goyena es original, tuvo expresamente por modelo el artículo 1.315 del *Code Napoléon*[19] – lo cual, por lo demás, se observa a simple vista. Pero, sin embargo, está muy lejos de ser ésta una recepción mecánica. Al igual que en *Febrero Reformado*, García Goyena motivó su artículo 1.196 en el Derecho romano y castellano; y, con ello, en todo el riquísimo arsenal de la doctrina al respecto – tradición romanista que, en todo caso, también sustenta desde su núcleo a la disposición francesa[20].

17 Cfr. García Goyena, F. y Aguirre, J. (1842): *Febrero, ó Librería de Jueces, Abogados y Escribanos, Comprensiva de los Codigos Civil, Criminal y Administrativo …* , 6, (I. Boix, Madrid) pp. 63 y 64.

18 García Goyena, F. (1852): *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, 3, (Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial, Madrid) p. 203.

19 Dice: "*1315 Frances, 1408 Sardo, 1902 Holandes, 972 de Vaud, 2229 de la Luisiana*". Cfr. García Goyena, F. (1852) p. 203 (cit. nota 18).

20 El desarrollo de la tradición romanista es el mismo. Baste con confrontar los contenidos sustancialmente idénticos en dos diccionarios jurídicos-prácticos contemporáneos: De Ferrière, C.-J. (1762): v. "*Preuves*", *Dictionnaire de Droit et de Practique* 2, (Knapen, Paris) pp. 554-556; Escriche, J. (1838): v. "*Prueba*", *Diccionario Razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, 4, (Imprenta de Eduardo Cuesta, Madrid) pp. 755-758.

No puede pasarse por alto el orden de las citas romanas que le sirvieron de fuentes, porque la regla de Paulo no es la primera, sino que la antecede precisamente la constitución sobre el mutuo de C. 4.19.1. En realidad, a estas alturas no podría sorprender que el caso de la carga de la prueba en el mutuo aparezca como el vértice de la cuestión, mientras la cita de Paulo queda como un respaldo general:

> Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet, *ley 1, título 19, libro 4 del Código*. Ei incumbit probare qui dicit, non qui negat. In exceptionibus, dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, *leyes 2, 9, y 19, título 3, libro 19 [sic, pero 22] del Digesto: lo mismo en las 1 y 2, título 41 [sic, pero 14], Partida 3, y en la Recopilada 1, título 7, libro 11*.
>
> Al que reclama. *La simple razón dicta que cada cual debe probar el hecho en que funda su intención ... leyes 4, titulo 1, libro 2 del Código, y 1, título 14, Partida 3 ... Incumbe, pues, la prueba al que afirma, como lo hace el actor en la demanda, y el reo en las excepciones. De la simple negativa:* naturali ratione probatio nulla est, *ley 10, título 30, libro 4 del Código*. "Non se puede probar nin mostrar segund natura", *ley 1, título 14, Partida 3*.
>
> *Mas puede y debe probarse la negativa, cuando está limitada por las circunstancias de lugar y tiempo, que es lo que vulgarmente se llama coartada. Soy demandado á virtud de un contrato, que se supone haberse celebrado en cierto lugar y dia; ó soy acusado de un delito perpetrado en iguales circunstancias*.
>
> *Si niego uno y otro, añadiendo que en aquel mismo dia me hallé en otro lugar tan distante de el del contrato ó delito, que fué imposible hallarme presente en el de estos, habré de probarlo; ley 14, título 38, libro 8 del Código.*
>
> *Niego la legitimidad de uno que pasa por hijo legítimo, ó la validez de un testamento alegando que el testador no estaba en su sano juicio al otorgarlo: habré de probar la ilegitimidad del uno, y la falta de juicio del otro.*
>
> *Pero lo cierto es que en estos casos y otros de las leyes Romanas, y de la dos y siguientes, titulo 14, Partida 5* [sic, pero 3], *solo se prueba lo que realmente se afirma, aunque de ello resulta probada indirectamente la negativa*[21].

Todo esto es de capital importancia para comprender el contenido de nuestro artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, puesto que en el Proyecto llamado *Inédito*, en su correspondiente artículo 1.882a inciso primero – de la misma redacción que el actual 1.698 – se anotó al pie: "*Goyena,* Concordancias*, 1196*"[22].

Nótese que, bien vistas las cosas, el único contenido positivo directo, explícito, del artículo 1.698 inciso primero del Código Civil, encuentra su núcleo – digamos técnicamente, su *ratio* – en el eje de la tensión afirmación-*infitiatio* que se produce tanto en la controversia por la constitución como por el pago de un mutuo; a lo cual se suma por extensión y por analogía todas las situaciones que sean susceptibles de ello – correspondan al derecho de obligaciones, o no. Pero, también, *sensu contrario* – esto es, en todo aquello que no quepa ni por extensión ni por analogía en la hipótesis positiva de

21 Cfr. García Goyena, F. (1852) pp. 203 y 204 (cit. nota 18).

22 Bello, A. (1890): *Proyecto Inédito de Código Civil*, en *Obras Completas*, 13, M.L. Amunátegui (ed.) (Pedro G. Ramírez, Santiago) p. 427.

la norma – el artículo 1.698 constituye un tipo abierto en virtud de la inmensa cantidad de supuestos que está llamado a satisfacer. Todo esto, siempre con el límite externo de no imponer una prueba diabólica. Es decir, no existe una carga de la prueba que esté fijada rígidamente *a priori*, sino que ésta se debe definir caso a caso con el exquisito arsenal de la interpretación.

Abstract

In article 1.698, the Chilean (Bello's) Civil Code provides that: "The existence of the obligations, and their extinction, shall be proved by (the person) who alleges each one of them". This is a reception of the *ius commune* through both French and Spanish traditions. Although this provision is substantially related to Paul's fragment (D. 22.3.2) about the burden of proof, the main source of its precise wording may be found in C. 19.4.1 about *mutuum*, which deals with the specific field of contract that is regulated by article 1.698 and its later sources, article 1.315 of the *Code Napoléon* and article 1.196 of the "Concordances" project of Garcia Goyena. *Mutuum*, as the foundation of article 1.698, is indeed indispensable to fix the boundaries of this provision and its proper interpretation. It has to be borne in mind that historical research is essential for a proper understanding of the proof of obligations and in terms of the final article of the Civil Code of Bello is compulsory when interpreting Chilean legislation. In this article, all the historical sources on the burden of proof of obligations are reviewed.

BREVITER SU D. 25.2.2 (GAI. <10> *AD ED. PRAET. TIT. DE RE IUD.*)

Cosimo Cascione*

In un contributo dato alle stampe nel 2012[1], discutendo un testo di Valerio Massimo e la corrispondente epitome di Ianuario Nepoziano, mi sono occupato delle procedure relative alla citazione in giudizio di donne nel periodo di vigenza del processo formulare e nel tardoantico, in particolare del divieto (nel caso di *matronae*) di toccare il corpo femminile o la stola che ne costituiva importante segno distintivo (e allo stesso tempo simbolica protezione) nel corso della *in ius vocatio*[2].

Da una prospettiva particolare, quella dell'effetto più grave dell'attività processuale, l'*addictio* (e concentrandosi su un momento cronologico che ovviamente non sconfina nel tardoantico), Leo Peppe[3] è tornato di recente su un testo, scarno nell'estensione, tratto

1 *Matrone "vocatae in ius" tra antico e tardoantico*, in *Index* 40 (2012) 238 ss., ove riferimenti bibliografici sui passi e, più in generale, sul problema.

2 Val. Max. 2.1.5. *Sed quo matronale decus verecundiae munimento tutius esset, in ius vocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt, ut inviolata manus alienae tactu stola relinqueretur*; Ianuar. Nepot. 10.4. *Matrona, si in ius vocata est, pro pudicitiae reverentia ab apparitore publico tacta non est.* Il punto centrale che emerge dai due passi è quello della difesa della dignità femminile, espressa con locuzioni diverse, ma sostanzialmente coincidenti (*matronale decus verecundiae*, *pudicitiae reverentia*). La tutela della donna si esprime in un divieto, rispetto al quale si apprezza un'importante divergenza tra Valerio e Ianuario (e questo è il punto interessante per lo storico del diritto). Mentre, infatti, per il primo scrittore non si permette al privato attore di *adtingere* il corpo femminile in sede di *in ius vocatio*, nel secondo (di datazione incerta, II-V sec., ma che porrei in età tardoantica) è l'apparitore pubblico a non poter *tangere* la matrona *in ius vocata*. La differenza tra l'archetipo e l'epitome è in primo luogo funzione delle modificazioni intercorse nella storia del processo romano, in particolare nel passaggio dalla procedura formulare (alla quale sembra riferirsi Valerio Massimo) alle forme cognitorie, di cui è testimonianza – con il riferimento all'*apparitor* – in Nepoziano. Per l'epoca tarda si v. anche CTh. 1.22.1=C. 1.48.1; cfr. M. Kaser, K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht*[2] (München 1996) 574.

3 *Fra corpo e patrimonio. Obligatus, addictus, ductus, persona in causa mancipi*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, cur. A. Corbino, M. Humbert, G. Negri (Pavia 2010) 477 s., v. anche 474 nt. 187.

* Professore ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 134-138

dal commentario edittale di Gaio, che aveva già affrontato (sia pure in una nota) nella sua importante monografia sull'esecuzione personale[4]. Si tratta di

> D. 25.2.2 (Gai. <10> *ad ed. praet. tit. de re iud.*). nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.

Il passo è notevole per diversi motivi[5], ma uno solo sarà qui discusso più da vicino. Nella tradizione giustinianea, risulta incastonato all'interno di un più disteso brano paolino (dal libro VII *ad Sabinum*), diviso in due frammenti[6]: D. 25.2.1 e D. 25.2.3. Il primo[7] apre il titolo *de actione rerum amotarum* e termina ricordando l'opinione, reputata esatta dal giurista severiano, attribuita a Sabino e Proculo (e seguita anche da Salvio Giuliano), secondo i quali la moglie può commettere furto ai danni del marito (come la figlia nei confronti del padre), *sed furti non esse actionem* ... Di questo esordio, come mostra il *nam* introduttivo, il brano gaiano, almeno nell'intenzione compilatoria, vuole costituire spiegazione, aprendo la strada alla continuazione del commentario di Giulio Paolo, ove si trova la precisazione che qualora la (ex) moglie, dopo il divorzio, rubi una cosa appartenente a quello che era stato suo marito, è tenuta (questa volta) non per *res amotae*, ma per furto (è il *principium* di D. 25.2.3[8]).

Non si vuole, in questa sede, affrontare il vasto, arduo problema dell'*actio rerum amotarum*, della sua storia e dei suoi rapporti con l'*actio furti*[9]. Solo discutere, in breve,

4 L. Peppe, *Studi sull'esecuzione personale* I (Milano 1981) 178 ss. nt. 228 (spec. 180). Sul tema lo studioso riprende e approfondisce le sue ricerche anche nell'altro recente contributo *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in *AUPA.* 53 (2009) 115 ss.

5 Ad esempio l'*inscriptio* ha suscitato l'interesse (e il sospetto) degli interpreti. Nella *littera Florentina* tra *libro* e *ad* c'è infatti uno spazio bianco ove avrebbe dovuto trovarsi l'indicazione numerica; Mommsen, come in un altro caso tratto dal commentario edittale gaiano (D. 23.3.54; *ed. mai.* I p. 679, con un'utilissima nota *in apparatu*), per fedeltà a quel manoscritto, lo ha conservato nell'*editio maior* I p. 733. Per l'indicazione del libro X come luogo di provenienza del frammento si v. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I (Lipsiae 1889) 188 Gaius nr. 51; B. Santalucia, *L'opera di Gaio ad edictum praetoris urbani* (Milano 1975) 2, 5 nt. 16, 45 nt. 120. Un sospetto sulla genuinità dell'*inscriptio* (non una certezza sulla sua natura compilatoria) fu espresso da F. Pringsheim, *Beryt und Bologna*, in *Festschrift O. Lenel* (Leipzig 1921) 270 e nt. 3 [=*Gesammelte Schriften* I (Hildesheim 1961) 438 e nt. 325], che rifletteva sul termine *titulus*; cfr. l'*Index Itp. ad loc.* [II (Weimar 1931) 105].

6 Cfr. O. Lenel, *Palingenesia* I cit. 1274, Paul. nr. 1773.

7 *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret aliis, ut Sabino et Proculo, furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.*

8 *et ideo, si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur.*

9 La dottrina romanistica sull'*actio rerum amotarum* giunge a maturazione a metà degli anni '60 del Novecento. Vi contribuiscono da una parte la limpida monografia di Andreas Wacke, una tesi di dottorato guidata da Max Kaser (A. W., *Actio rerum amotarum* [Köln 1963] spec. 78 ss. sul non immacolato testo gaiano), dall'altra un rilucente contributo di Antonio Guarino (*Res amotae*, in *ANA.* 75 [1964] 253 ss.=*PDR.* VII [Napoli 1995] 105 ss.), che indica punti fermi, strade ancora da percorrere e soprattutto pone la questione di una storicizzazione piena dell'istituto, da ricollocare anche nella storia economico-sociale dell'antica Roma. Sul lavoro di Wacke si v. almeno le osservazioni di M. Marrone, in *TR.* 33 (1965) 462 ss. [=*Scritti giuridici* II (Palermo 2003) 965 ss.]; L. Labruna, in *Latomus* 24 (1965) 713 ss.

l'interpretazione secondo la quale non si poteva (a quanto pare in generale) esperire un'azione infamante contro una *mater familias*. Peppe, nei sui *Studi sull'esecuzione personale*[10], era giunto a tale conclusione riflettendo sul punto della possibilità o meno che una donna divenisse *addicta*, in particolare richiamando Quintil. *inst. or.* 3.6.25 (un testo estremamente interessante[11]). Il problema che immediatamente sorge dalla fonte retorica è la condizione del *filius* della donna libera *addicta* (se nasca *servus* o libero: *quaestio an is quem, dum addicta est, mater peperit servus sit natus*). La domanda ulteriore che Peppe si pone è se la donna potesse subire in prima persona la procedura di assegnazione giudiziaria al creditore conseguendone lo *status* di *addicta*. L'idea dello studioso romano è nel senso che almeno l'*addicta* risultante dall'immagine di Quintiliano dovrebbe essere la moglie di un *addictus* (e non colei nei confronti della quale fosse stato direttamente rivolto l'atto magistratuale). Questa interpretazione si basa (anche) su un'opinione espressa, ormai qualche decennio fa, da Okko Behrends[12], che aveva utilizzato il frammento gaiano in D. 25.2.2 interpretandolo nel senso "che non si potesse esperire l'*actio iudicati*, in quanto infamante, contro una *mater familias*"[13].

Per cogliere a fondo il problema, occorre dapprima sgombrare il campo da un dubbio, che sorge dal riferimento (proposto sia da Behrends, sia da Peppe) all'*actio iudicati*. Tale procedura è giustamente richiamata, perché costituiva l'oggetto dell'originaria trattazione gaiana, come risulta chiaramente dalla pur strana *inscriptio* di D. 25.2.2 (*titulo de re iudicata*)[14]. Ma – evidentemente – non essendo l'*actio iudicati* di per sé infamante[15], il giurista d'età antonina, in questa parte del suo commentario edittale, si riferiva piuttosto alla conseguente esecuzione personale[16]. Il corto circuito tra effetti esecutivi dell'azione di giudicato (contesto gaiano originario) e *infamia* derivante dalla

10 Cit. *supra* in nt. 4.

11 *Alii novem elementa posuerunt personam, in qua de animo, corpore, extra positis quaeratur, quod pertinere ad coniecturae et qualitatis instrumenta video tempus, quod χρόνον vocant, ex quo quaestio an is quem, dum addicta est, mater peperit servus sit natus ...*

12 O. Behrends, *Der Zwölftafelprozeß. Zur Geschichte des römischen Obligationsrechts* (Göttingen 1974) 156 e nt. 221. Il maestro di Gottinga si riferisce agli ampi poteri che il creditore otteneva nei confronti del *nexus*, ai quali risultavano sottomessi, insieme con la persona del debitore, anche i suoi residui beni patrimoniali ("Restvermögen") e perfino gli appartenenti alla sua famiglia. Ciò per una sopravvivenza dell'antico "Haftungsverband" basato sul diritto sacrale, che – a quanto pare – determinava, di contro, anche tutele endofamiliari per moglie e figli (perfino a sfavore del *pater familias*), fin dall'ordinamento rappresentato nelle *leges regiae*. Un esito di questo antico sistema sarebbe stato, ancora in età classica, la non assoggettabilità della *mater familias* alla "Kerkerhaft".

13 Così, testualmente, L. Peppe, *Studi* I cit. 180 nt. 228 (da p. 178). Nel suo più recente contributo sul tema (cit. *supra* in nt. 3), l'A. è, invero, sul punto specifico, alquanto cauto: "Qualsiasi ipotesi circa lo *status familiae* dell'*addicta* [*scil.* nell'immagine proposta da Quintil. *inst. or.* 3.6.25] mi sembrerebbe del tutto congetturale" (p. 377). Di seguito, Peppe passa a riflettere brevemente su Liv. epit. Oxy. 48, ove (attraverso una integrazione del testo tràdito) potrebbe ricorrere la giunzione *addictam ingenuam*.

14 Ampiamente, sul punto, B. Santalucia, *L'opera di Gaio* cit. 202 ss.

15 Da ultimo, con vasta trattazione, sulle azioni infamanti si v. J.G. Wolf, *Lo stigma dell'ignominia*, in *Homo, caput, persona* cit. 491 ss.

16 Sul riferimento originario del testo gaiano all'esclusione della *ductio* della *uxor*, dopo O. Lenel, *Palingenesia* I cit. 188 nt. 6; e Id., *Das Edictum Perpetuum*[3] (Leipzig 1927) 408 nt. 4 (cauto); si v. R. Santoro, *Per la storia dell' "obligatio". Il "iudicatum facere" nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *IAH.* 1 (2009) 77, 106 [=*Scritti minori* II (Torino 2009) 679, 721 s.]. Cfr. ancora la lucida rappresentazione di B. Santalucia, *L'opera di Gaio* cit. 204 s.

condanna per *furtum* si realizza, con tutta probabilità, solo nel collage compilatorio, con l'uso della locuzione *turpis actio*[17].

Su queste basi, invero, il divieto richiamato in D. 25.2.2 mi sembra potersi riferire esclusivamente, nel contesto giustinianeo, alla moglie di chi avesse subito il furto e che, però, come si è accennato, non poteva agire con l'*actio furti*[18]; in quello originario gaiano, invece, alla *uxor* che non poteva subire l'esecuzione personale da parte del proprio *vir*. Non pare venire in questione dal testo gaiano, in nessun caso, la *mater familias* tout court. Tra l'altro, corrispettivamente, l'inibizione all'*actio furti* valeva anche nei confronti del marito[19]: se ne potrebbe per assurdo indurre che a Roma chiunque (uomo o donna) fosse unito in matrimonio godesse di un'ampia esenzione a essere convocato in giudizio (per furto, ma, parallelamente, per tutte le altre azioni infamanti) e a subire atti esecutivi degradanti. Naturalmente non era affatto così. Solo contro la *uxor* (in questi termini, peraltro, si esprime il testo) in virtù di quello che Behrends chiama "Eheschutz", cioè per la difesa del matrimonio, al marito non era consentito procedere in modo che l'azione potesse condurre a una condizione disonorevole per la donna[20]. Vicendevolmente era solo la moglie che non poteva agire in tal modo contro l'uomo al quale era unita (ovvero che subiva forti limitazioni rispetto alla *ductio*[21]). Ed ecco perché i compilatori raccordarono al frammento gaiano il prosieguo del testo di Paolo (ora in D. 25.2.3) utilizzando un *ideo* esplicativo, che rappresenta la possibilità di esperire, *post divortium*, l'*actio furti*[22].

17 Non mancano in letteratura dubbi sulla classicità dell'espressione, che ben qualifica l'*actio furti* (ma non l'*actio iudicati*); cfr. in particolare M. Kaser, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in *ZSS.* 60 (1940) 110 s.; Id., *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS.* 73 (1956) 252 nt. 139 (da p. 251); A. Wacke, *Actio* cit. 80 nt. 11 (con altri riferimenti); A. Guarino, "*Res amotae*" cit. 270 s. nt. 69 [=*PDR.* VII cit. 121 nt. 69]. Ma v. G. Pugliese, *L'autonomia del diritto rispetto agli altri fenomeni e valori sociali nella giurisprudenza romana*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti I Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto* (Firenze 1966) 176 [=*Scritti giuridici scelti* III. *Diritto romano* (Napoli 1985) 364].

18 Si ricordi come – nel disegnare i motivi della genesi dell'*actio rerum amotarum* – Paolo (in D. 25.2.1) riporti anche la tesi giurisprudenziale (di Nerva e Cassio), secondo la quale il furto era addirittura non configurabile tra moglie e marito: *... quibusdam existimantibus ne quidem furtum eam facere ...* Sul frammento paolino, ampiamente, G. Lobrano, *"Uxor quodammodo domina" riflessioni su Paul. D. 25.2.1* (Sassari 1989).

19 Così pare, secondo i giuristi, almeno a partire dal II secolo; la questione è dibattuta tra gli studiosi, si v., per tutti, A. Guarino, "*Res amotae*" cit. 256 e nt. 17 [=*PDR.* VII cit. 107 e nt. 17] (con una posizione condivisibile). Tra i testi si v. ad esempio D. 25.2.7 (Ulp. 36 *ad Sab.*). *Mulier habebit rerum amotarum actionem adversus virum ...* Altre fonti in P. Voci, "*Condictiones" e possesso*, in *SDHI.* 71 (2005) 23 nt. 27 [=*Ultimi studi di diritto romano* (Napoli 2007) 368 nt. 27].

20 Lo studioso tedesco è tornato a interessarsi del testo gaiano nel più recente, notevole suo contributo *Sessualità riproduttiva e cultura cittadina. Il matrimonio romano fra spiritualità preclassica e consensualismo classico*, in *Marriage. Ideal – Law – Practice. Proceedings of a Conference Held in Memory of H. Kupiszewski*, ed. Z. Służewska, J. Urbanik (Warsaw 2005) 48 s. [=*Scritti "italiani"* con un'appendice "francese", una nota di lettura di C. Cascione ed una postfazione dell'Autore (Napoli 2009) 420 s.] (con nt. 99 a p. 49 [=421]), dove ne specifica la portata (per il diritto "classico") di forma edittale mitigata che impediva la configurazione del furto, a tutela dell'istituto del matrimonio. È qui palese la portata ridotta alla sola sfera familiare del divieto di agire.

21 Importante il testo ulpianeo *sed verius est nec post condemnationem maritum facile duci*, proveniente dal *lib. III disp. frg. Argentorat.*, che si può leggere in *FIRA.* II^2 p. 310 (rectum I^A).

22 Il breve testo del *principium* di D. 25.2.3 è trascritto *supra* in nt. 8.

Mi sembra, dunque, che sia la predisposizione della mite *actio rerum amotarum*, sia i limiti alle procedure esecutive costituissero diritti singolari[23], posti a tutela del matrimonio e della famiglia. Le donne, insomma, erano passibili, in generale, di azioni infamanti, ma queste non potevano normalmente[24] essere esperite dal marito, il quale non poteva determinare altresì gli effetti estremi dell'esecuzione personale, a causa dello *honor matrimonii*[25].

È ovvio che, nel caso in cui fosse dato seguito all'azione, quando fosse condannata o avesse subito la *ductio* o anche la *bonorum proscriptio* e *venditio*, la donna poteva non corrispondere più a quella *dignitas* che si connetteva con i *boni mores* tipici delle *matres* di famiglia[26]. Riprendendo, solo per un momento, il problema dell'*addictio*, temo che il testo gaiano in D. 25.2.2 non serva a risolvere il dubbio se le donne, in generale, potessero subirla, ma allora non vedo alcun ostacolo all'inverarsi di tale possibilità (altrimenti si sarebbe realizzato uno strano privilegio femminile[27]).

Abstract

The article offers an exegesis of a short text from Gaius' edictal commentary, now included in the Digest title *de rerum amotarum actione* (D. 25.2.2, originally dealing with the consequences of the *actio iudicati*). The aim of this paper is to reject the position saying that *matres familiarum* could not be suited by way of infamous actions. For D. 25.2.2 bans a *turpis actio* no more than *adversus uxorem* (i.e. a "shameful trial" against the spouse), it concerns only the inner familiar relationship between husband and wife. So the fragment cannot be used as a general statement, valid for all women. Therefore it was normal to summon a woman with an *actio furti* (and also with an *actio iudicati*). On the basis of the Gaian fragment, the extent of use of the word addicta remains uncertain, but there is no reason to argue that women could not be subjected to *addictio*.

23 D. 25.2.1 (Paul 7 *ad Sab.*). *Rerum amotarum iudicium singulare introductum est ...*

24 Sempre istruttivo il confronto con M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] I (München 1971) 323 e nt. 20, II (München 1971) 172 e nt. 28, e i materiali ivi raccolti, ove sono messse in rilievo le differenze tra diritto classico e postclassico (nel quale, anche attraverso interpolazioni, si realizzano generalizzazioni relative all'impossibilità di agire in giudizio tra marito e moglie nei casi che comportavano conseguenze infamanti; sul punto specifico qui trattato si v., inoltre, l'ulteriore ampliamento risultante da B. 28.11.2). Sul punto equilibrate riflessioni anche in A. Guarino, "*Res amotae*" cit. 270 ss. [=*PDR.* VII cit. 121 ss.].

25 Ragguaglio (anche bibliografico) sugli effetti della *reverentia* tra coniugi in C. Fayer, *La familia romana* II (Roma 2005) 363 nt. 125.

26 Centrale la *definitio* ulpianea in D. 50.16.46.1 (59 *ad ed.*). Su *matrona* (figura alla quale si riferiscono i testi cit. *supra* in nt. 2, dai quali è partito il mio interesse per l'argomento) e *mater familias* si v., per tutti (e con ampi richiami a fonti e bibliografia), R. Fiori, "*Materfamilias*", in *BIDR.* 96-97 (1993-1994) 455 ss.; Id., *La struttura del matrimonio romano*, in *BIDR.* 105 (2011) 197 ss., spec. 202 ss., 223, 232.

27 Ben differente dalla tutela della pudicizia di cui era espressione il divieto ricordato in esordio di questo lavoro (*supra* nt. 2) e riferito alla *in ius vocatio*: in quel caso la *matrona*, proprio in quanto tale, era (ancora) portatrice della pienezza della propria dignità e dunque fisicamente intangibile.

L'EVOLUTION DE LA TUTELLE ROMAINE A TRAVERS LE MECANISME DE L'*EXCUSATIO TUTELAE*

Emmanuelle Chevreau*

La tutelle a été conçue pour protéger les personnes inexpérimentées en raison de leur âge, de leur sexe ou de leur état mental. En droit romain, cette protection ne s'appliquait qu'au patrimoine et ne concernait pas la garde physique des intéressés.

Historiquement la tutelle romaine est née et a été modelée autour de la famille dite agnatique, c'est-à-dire un système de parenté civile dans lequel appartiennent à la même famille ceux qui sont soumis à la même puissance paternelle ou le seraient si le *paterfamilias* était encore en vie. A la mort de ce dernier, toutes les personnes sous sa puissance (enfants et épouses) acquéraient la qualité de *sui iuris*, c'est-à-dire la pleine capacité juridique. La faiblesse de l'âge ou du sexe justifia l'apparition de la tutelle des impubères – et donc de la catégorie juridique du mineur – et de la tutelle perpétuelle des femmes. Conçue dans le prolongement de la *patria potestas*, la tutelle était anciennement perçue comme une puissance et un droit exercés dans l'intérêt de la personne protégée jusqu'à l'acquisition de la puberté (12 ans pour les filles, 14 ans pour les garçons). C'est ainsi que la définit par exemple le juriste Servius Sulpicius cité par Paul au D. 26.1.1pr-1: "La tutelle est, comme Servius la définit, une force et un pouvoir sur un homme libre dans le but de protéger celui qui, en raison de son âge, ne peut se défendre lui-même et cette puissance découle ou est accordée sur le fondement du droit civil. 1. Donc les tuteurs sont ceux qui jouissent de cette force ou de ce pouvoir et ils tirent leur nom de la charge elle-même. Ainsi on les appelle tuteurs, c'est-à-dire *tuitores* (protecteurs) et défenseurs à l'image des sacristains qui protègent un temple"[1].

Il existait à Rome trois formes de tutelle: la tutelle légitime, la tutelle testamentaire et la tutelle dative. Les deux premières étaient les plus anciennes et la dernière est d'apparition plus récente. Elle avait vocation à suppléer l'absence des deux autres. En effet, la *lex Atilia* (186 av. J.-C.) prévoyait la nomination – par le préteur urbain assisté

1 Paulus (38 *ad ed.*) D. 26.1.1pr-1: "Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa. 1. Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen ceperunt: itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur".

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 139-149

de plusieurs tribuns – d'un tuteur datif si aucun tuteur n'avait été nommé par testament ou s'il n'existait de parents civils ou de patron (dans le cas de la tutelle des affranchis). Cette loi concernait Rome et l'Italie; une autre loi, la *lex Iulia et Titia*, régla de manière semblable l'attribution du tuteur datif dans les provinces romaines. Il s'agissait de ne pas laisser le patrimoine de l'impubère ou la de femme sans protection ni surveillance.

A partir du Principat, l'esprit initial de la tutelle et du rôle du tuteur va évoluer. La tutelle *potestas* (pouvoir) tend à se transformer en tutelle *munus* (charge). L'intérêt du pupille passe au premier plan, ce qui n'est pas sans conséquence sur la conception de la charge de tuteur. Cette mutation s'inscrit dans le contexte d'intervention croissante de l'empereur dans l'intimité des familles et a pour point de départ la législation familiale d'Auguste visant à moraliser et à régénérer la famille romaine.

Appliquée à la tutelle, la politique impériale va tendre à uniformiser les trois types de tutelle sur le modèle de la tutelle dative. En d'autres termes, il s'agira de contraindre le tuteur – et en particulier le tuteur testamentaire – à accepter la charge, à ne pas s'y soustraire facilement et à la gérer efficacement. C'est dans ce contexte que Marc-Aurèle créa le *praetor tutelaris*, un magistrat spécialisé dans la gestion du patrimoine des mineurs et dans la surveillance des tuteurs.

Pour illustrer ce durcissement de la charge de tuteur, nous avons choisi d'aborder dans ces quelques lignes la question sous l'angle du système des *excusationes tutelae* qui avait été conçu à l'origine dans le seul cadre de la tutelle dative. Nous concentrerons notre propos essentiellement sur le tuteur testamentaire attribué aux impubères *sui iuris*. Par ailleurs, nous laisserons de côté la tutelle des femmes dans la mesure où elle a connu une évolution propre et est peu concernée par le développement du système des excuses.

Dès le règne de Claude, et de manière plus significative à partir de Marc-Aurèle, l'*abdicatio tutelae*[2] décline au profit d'un élargissement du régime des excuses à tout type de tuteur[3]. En d'autres termes, la traditionnelle liberté du tuteur testamentaire de renoncer souverainement à la charge pour laquelle il a été pressenti disparaît.

La nature des sources y afférant (rescrits du prince et *libri singularis de excusationibus tutelarum* rédigés par les juristes du conseil impérial à l'attention des praticiens) est un indice de l'importance accordée par la législation impériale à la délation et à la gestion de la tutelle des mineurs. En outre, la riche casuistique développée autour des *excusationes tutelae* traduit la tendance des empereurs à développer une vision équilibrée de la tutelle.

1. Une charge privée devenue juridiquement contraignante

Dans ses *libri tres iuris civilis*, Masurius Sabinus écrivait:

> In officiis apud maiores ita observatum est: primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea adfini. Aequa causa feminae viris potiores habitae pupillarisque

2 On en trouve encore trace chez Cicéron (*Ad Att.* 6.1.4) et en 14 av. J.-C. sous le règne d'Auguste (B.G.U. 1913: U. Wilcken und L. Mitteis, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyrusurkunde* II, 2, n. 169). Cf. P. Bonfante, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Milano, 1963, pp. 583-584; M. Amelotti, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale. I. Le forme classiche di testamento*, Firenze, 1966, pp. 145-146.

3 Cf. G. Viarengo, *L'excusatio tutelae nell'età del principato*, Genova, 1996.

tutela muliebri praelata. Etiam adversus quem adfuissent, eius filiis tutores relicti in eadem causa pupillo aderant[4].

Ce texte souligne l'importance de la fonction de tuteur qualifiée d'*officium* par le célèbre juriste du début du Principat et placée sous la haute protection des *mores*. Dans un tel contexte, le refus injustifié du tuteur d'assumer la charge pour laquelle il avait été élu (par testament ou à défaut par lien de parenté agnatique) devait être frappé d'opprobre social. A propos de la tutelle légitime, P. Voci écrit très justement qu'elle ne s'accepte ni ne se refuse car elle est inhérente à la parenté agnatique et repose sur la solidarité naturelle des membres d'une même famille[5].

Le tuteur testamentaire jouissait de la possibilité de renoncer à la tutelle (*abdicatio tutelae*), ce qui est confirmé par l'insertion dans la formulation de nomination du tuteur de la clause *si volet*[6]. Les testateurs ne manquaient de prévoir des libéralités – assorties d'une clause de réversion en cas d'*abdicatio* – en faveur des tuteurs désignés dans le testament[7].

Les tutelles testamentaire et légale étaient donc conçues comme des charges auxquelles il était difficile d'échapper sans subir de sanction morale.

Il n'en était pas de même de la tutelle dative qui était une sorte d'expédient créé par la loi pour pallier le défaut de tuteur testamentaire ou légitime et auquel on ne pouvait se soustraire sans l'accord du magistrat et pour des motifs exceptionnels créant une impossibilité absolue de gestion de la tutelle. Il est facile d'imaginer que le tuteur datif, ne jouissant pas d'*abdicatio tutelae,* devait exposer au préteur et aux tribuns les motifs personnels ou matériels en raison desquels il n'était pas en mesure de gérer le patrimoine du pupille. De fait, cette charge privée déférée par le magistrat tendait à être juridiquement contraignante.

En pratique, il semble que les tuteurs avaient tendance à négliger la gestion et la protection des biens des mineurs. Ce qui pourrait expliquer l'aggravation de la responsabilité du tuteur négligeant dans le droit impérial et notamment à partir de Claude. Deux fragments d'Ulpien permettent de se faire une idée de la situation. Le premier semble concerner la négligence du tuteur datif[8]. Le juriste vise l'hypothèse du

4 Gellius 5.13.5: "A propos des devoirs envers autrui, nos Anciens observaient l'ordre suivant: en premier, le pupille, puis l'hôte, puis le client, ensuite le parent cognatique et finalement les relations par mariage. Toutes les choses étant égales, les femmes étaient préférées aux hommes et le devoir de tutelle à l'égard du pupille primait sur celui qui concernait une femme. Même ceux qui avaient plaidé contre quelqu'un, s'ils avaient été nommés par testament tuteurs de ses fils, assuraient dans la même cause la défense de leur pupille". Cf. aussi I. 1.13.1-2.

5 *Diritto ereditario romano* I, Milano, 1960, p. 66.

6 Africanus (8 *quaest.*) D. 26.2.23.

7 Paulus (9 *resp.*) D. 27.1.36pr: "Amicissimos quidem et fidelissimos parentes liberis tutores eligere solere et ideo ad suscipiendum onus tutelae etiam honore legati eos persequi … " (Les parents ont coutume de choisir comme tuteurs de leurs enfants leurs amis les plus chers et les plus fidèles et c'est aussi pour les encourager à supporter la charge qu'ils leurs laissent un legs …).

8 *Vaticana Fragmenta* 155: "Item. Igitur observandum deinceps erit, ut qui tutor datus sit, si quas habere se causas excusationis arbitrabitur, adeat ex more. Nec in infinitum captiosi silentii tempus, per quod res interfrigescat, concessum sibi credant: hi qui Romae vel intra centesimum fuerint, sciant in proximis diebus quinquaginta se excusationis causas allegare debere aut capessere administrationem; ac nisi id fecerint, in ea causa fore, in qua sunt, de quibus consules amplissimi decreverunt periculo suo eos cessare".

tuteur datif qui n'a pas présenté ses excuses dans le temps légal et qui n'a pas commencé à administrer la tutelle. Les consuls décident qu'il assumera tous les risques du défaut de gestion (*periculo suo cessare*). La mention des consuls laisse supposer qu'Ulpien se réfère à l'état du droit de l'époque de Claude. En effet, ce même empereur avait opéré le transfert de la nomination des tuteurs des préteurs et tribuns aux consuls. Le texte doit être rapproché d'un autre fragment du juriste sévérien dans lequel il explique qu'on ne peut intenter l'*actio tutelae directa* contre un tuteur qui n'a pas géré le patrimoine du pupille. C'est pourquoi le préteur a délivré une *actio utilis* contre celui qui s'est abstenu de la gestion à ses risques et périls[9]. Le texte a pour arrière-plan le tuteur inactif qui n'aurait pas prêté la *satisdatio rem pupilli salvam fore* (la promesse faite par le tuteur de conserver le patrimoine du pupille sain et sauf), promesse rendue obligatoire par le même empereur Claude pour les tuteurs légitimes nommés sans enquête du magistrat ou en cas de pluralité de tuteurs[10].

A partir du règne de Claude, on perçoit une volonté manifeste de protéger l'intégrité du patrimoine du mineur de la négligence des tuteurs. Cette dernière attitude masque certainement la tendance croissante à vouloir échapper à cette responsabilité lourde et onéreuse. Il fallait gérer le patrimoine du pupille en bon père de famille, avancer certaines dépenses et, si une contestation survenait pendant ou à l'issue de la tutelle, le tuteur pouvait être condamné à verser des dommages et intérêts et subissait la peine de l'infamie attachée à l'*actio tutelae*. Par exemple, Modestin dans son Traité des excuses – certes d'époque plus tardive – évoque le caractère contraignant de la nomination à la tutelle. En l'espèce, le *de cuius* avait nommé comme tuteur à son impubère son pire ennemi afin de l'exposer à des charges de gestion et à des pertes financières[11].

Il serait excessif de penser que tous les tuteurs inactifs agissaient par pure mauvaise foi. Mais l'étau se resserrait sur tous les types de tuteur: datifs, légitimes et même testamentaires. Il semble qu'au milieu du deuxième siècle de notre ère, les tuteurs testamentaires devaient aller devant le magistrat – à Rome ou dans les provinces – pour être exemptés de la tutelle. L'*abdicatio tulelae* semble avoir graduellement été absorbée par le régime des *excusationes*[12].

Dans les faits, la nomination à la tutelle tendait à devenir une charge obligatoire à laquelle il était difficile d'échapper. Le fait de s'abstenir de gérer était un moyen de ne pas s'immiscer dans la gestion de la tutelle tout en manifestant sa volonté de ne pas assumer la fonction de tuteur.

On attribue à Marc-Aurèle la généralisation du système des excuses – à l'origine restreint à la tutelle dative – à tous les types de tutelle rendant par la même obligatoire la gestion de la tutelle des impubères sauf si le tuteur pouvait se prévaloir d'un juste motif d'excuse.

Le contenu de la mesure impériale peut être reconstitué à partir d'un passage du livre quatre du Traité des excuses de Modestin. Il rappelle que selon l'*oratio principis*

9 Ulpianus (79 *ad ed.*) D. 46.6.4.3: "Sed enim qui non gessit, omnino non tenebitur: nam nec actio tutelae eum qui non gessit tenet, sed utili actione conveniendus est, quia suo periculo cessavit: et tamen ex stipulatu actione neque ipse neque fideiussores eius tenebuntur. Compellendus igitur erit ad administrationem propterea, ut stipulatione quoque ista possit teneri".

10 En ce sens: I. 1.24.

11 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.17.

12 Amelotti, *Il testamento* cit., p. 146.

de Marc-Aurèle, celui qui a été nommé tuteur dans la ville où il réside ou dans l'espace de 100 milles (soit 148,2 km) dispose de 50 jours pour présenter ses excuses devant le préteur des tutelles. Celui qui vit dans un rayon de plus de 100 milles du lieu de nomination aura dès l'instant de la connaissance de la nomination un jour pour faire 20 milles (environ 30 km) et, en outre, 30 jours pour présenter ses excuses[13]. Ce délai se compte en jours continus à partir du moment où le tuteur a eu connaissance de sa nomination[14]. La même constitution prévoyait aussi la possibilité de faire appel contre le décret du magistrat refusant d'accorder l'exemption de la tutelle. C'est ce qui résulte d'une constitution d'Alexandre Sévère reproduite au C. 5.62.6:

> C. 5.62.6pr-1: Quinquaginta dies, qui praefiniti sunt ad professionem excusationis his qui tutores seu curatores dati sunt, ex eo die cedere, ex quo decretum praetoris aut testamentum parentis notum factum erit ei qui ad munus vocatus fuerit, ipsa constitutio quae hoc induxit sanxit. 1. Sed si quis in eius temporis computatione ab eo cuius de ea re notio fuit iniuriam passus non provocavit, adquiescere rebus iudicatis debet. Alex. a. Maximo. <a 224 pp. iii non. mai. Iuliano et Crispino conss.>[15]

Ce texte insiste sur le fait que celui qui a été nommé tuteur doit manifester sa volonté de s'excuser de manière constante devant le magistrat compétent.

Un rescrit de Septime Sévère et Caracalla permet d'affiner la connaissance des étapes de la procédure de l'*excusatio.* Bien qu'aucune référence expresse ne soit faite à la constitution de Marc-Aurèle, il est possible de relier le cas d'espèce au refus opposé par le même empereur à la présentation de toute sorte d'excuse par des affranchis qui tenteraient de s'excuser de la tutelle des enfants de leurs patrons ou patronnes[16]. Le texte précise notamment que l'exemption de la tutelle n'est pas automatique, même si la cause d'exemption est manifeste.

> C. 5.62.3: Excusationis quidem tuae, si ingenuus libertino tutor datus es, certa causa est. Sed cum te praeses provinciae audiendum non putaverit propter praescriptionem, quasi tardius adires, nec a decreto provocaveris, intellegis parendum esse sententiae. Sev. et Ant. aa. Crispino. <a 206 pp. id. mart. Albino et Aemiliano conss.>[17]

13 Modestinus (4 *exc.*) D. 27.1.13.2.

14 Modestinus (4 *exc.*) D. 27.1.13.9.

15 C. 5.62.6pr-1: "La même constitution qui avait introduit le délai de cinquante jours a prévu que ces cinquante jours qui sont donnés à ceux qui ont été nommés tuteurs ou curateurs pour présenter leurs excuses commence à courir à partir du moment où ceux qui ont été appelés à assumer la charge ont eu connaissance du décret du préteur ou du testament. 1. Et si celui qui a subi un tort en raison de la délivrance du décret du préteur qui avait compétence en la matière n'a pas appelé dans ce délai, il devra obéir au décret". Notons que cette constitution semble s'inscrire dans la continuité du texte précédent (C. 5.62.5) dans lequel le même empereur se réfère à l'*oratio principis Marci* qui aurait refusé le bénéfice de tout type d'excuse aux affranchis nommés tuteurs des enfants de leurs patrons ou patronnes. Cf. aussi un rescrit de Dioclétien et Maximien (C. 5.62.18) qui fait référence au délai légal de la procédure d'excuse fixé par Marc-Aurèle.

16 Cf. C. 5.62.5.

17 C. 5.62.3: "Si tu es ingénu et que tu as été nommé tuteur d'un affranchi, tu as une excuse certaine (d'exemption de la tutelle). Mais puisque le gouverneur de province pensait qu'il devait refuser de t'entendre car le temps pour présenter une excuse était expiré quand tu es venu devant lui et que tu n'as pas formé un appel contre son décret, tu comprendras que sa décision doit être observée".

En l'espèce, un homme libre avait été nommé tuteur d'un affranchi. Il n'a pas commencé à administrer la tutelle car il savait probablement qu'il s'agissait là d'une cause d'exemption. Il n'a donc pas pris la peine de se rendre devant le gouverneur de province pour s'excuser de la tutelle dans le délai légal. Il ne pourra plus faire valoir ses motifs d'excuse et devra assumer la tutelle. Nous pouvons aussi présumer qu'il répondra des conséquences éventuelles de son inaction (*periculo suo cessare*). L'exemption de la tutelle n'est pas automatique même si la cause d'exemption est manifeste.

La tutelle, quelle qu'en soit la forme, est devenue une fonction obligatoire. Pour s'y soustraire, le tuteur devra avoir une juste cause qu'il fera valoir devant le préteur des tutelles (à Rome) ou devant le gouverneur de province. Seule l'obtention d'un *decretum* du magistrat le libèrera.

Au départ, l'acceptation de la charge de tuteur était un *officium* placé sous le contrôle des *mores*. Sous l'Empire, la tutelle est devenue une charge privée, juridiquement contraignante. Les sources juridiques opèrent un rapprochement terminologique et substantiel de la tutelle avec les charges publiques. La *tutela* est qualifiée de *munus*[18], d'*onus*[19], d'*officium.*

Citons pour l'instant un fragment de Modestin. Nous reviendrons dans la seconde partie de l'article sur le lien entre les *excusationes tutelae* et les *immunitates*.

> Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.15: Tutela non est rei publicae munus nec quod ad impensam pertinet, sed civile: nec provinciale videtur tutelam administrare[20].

La tutelle n'est pas une charge publique, mais qui découle du droit civil car le tuteur ne reçoit aucune rémunération. Le juriste veut signifier que sa gestion n'en demeure pas moins obligatoire dans tout l'Empire. Le lien établi entre la tutelle en tant que charge privée et le *rei publicae munus* tend à renforcer son caractère obligatoire et à justifier le système des excuses[21].

A notre sens, il ne faut pas analyser la généralisation des *excusationes* à tout type de tutelle par Marc-Aurèle – parachevée par les empereurs successifs – comme une pure volonté de contraindre les tuteurs à accepter la charge. Elle se révèle davantage comme une tentative de trouver le juste équilibre entre l'intérêt des pupilles et la capacité des tuteurs à assumer efficacement leur fonction. C'est ce qui résulte de la riche casuistique consacrée à la délimitation des motifs d'excuse.

18 Par exemple: Alexander Severus C. 5.62.8; Gordianus C. 5.62.12.

19 Alexander Severus C. 5.62.10.

20 Sur l'authenticité du fragment cité en latin dans une œuvre rédigée en grec par Modestin (Παραίτησις ἐπιτροπής): E. Germino, *Una causa di excusatio tutelae in un testo di Erennio Modestino D. 27.1.6*, in *Studii in onore di L. Labruna*, IV, Napoli, 2007, pp. 2189-2215; T. Masiello, *I libri excusationum di Erenno Modestino*, Napoli, 1983, pp. 9, 38-41; A. Guzmán Brito, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Barañain, 1976, p. 174; Viarengo, *L'excusatio* cit., p. 142.

21 Sur ce point: F. Grelle, "*Munus publicum*" *Terminologia e sistematiche*, dans *LABEO* 7 (1961), pp. 308-329, not. pp. 328-329.

2. La casuistique des *excusationes*: le reflet d'une conception équilibrée de la tutelle

La matière est très documentée et occupe une place de choix dans les principales sources juridiques romaines: *Vaticana Fragmenta*, Code Théodosien, Digeste, Code de Justinien et Institutes.

Deux types de sources traitent spécifiquement de l'*excusatio tutelae*:

Le premier type de sources concerne les constitutions impériales. A partir du deuxième siècle de notre ère, on peut relever un nombre important de rescrits, lettres ou constitutions du prince qui concernent les excuses en matière de tutelle. Les empereurs se prononcent à l'occasion de rescrits et ne manquent pas de se référer aux décisions de leurs prédécesseurs, notamment à celles de Marc-Aurèle. Ceci témoigne de deux choses. D'une part, l'*excusatio tutelae* est une question contentieuse fréquente. D'autre part, la richesse casuistique des décisions des empereurs est le signe d'un traitement au cas par cas des situations particulières auxquelles peuvent être confrontés les tuteurs et les pupilles.

Le second type de sources utiles à la connaissance des *excusationes tutelae* sont les traités des excuses rédigés par les plus célèbres juristes de l'époque des Sévères: Paul, Ulpien et Modestin.

Paul est l'auteur d'un *Liber singularis de officio praetoris tutelaris* qu'il réédita entre 203 et 211 sous le titre *Editio secunda de iurisdictione tutelaris.* L'objet semblait être le même que le *Liber singularis de excusationibus tutelarum*, rédigé sous règne de Septime Sévère et Caracalla[22].

On trouve aussi sous la plume d'Ulpien un *De excusationibus liber singularis,* probablement rédigé entre 199 et 211[23].

In fine, Modestin rédigea un *De excusationibus* en six livres. L'œuvre aurait été écrite postérieurement à 217, sous l'empereur Alexandre Sévère, et largement influencée par les ouvrages de Paul et d'Ulpien auxquels il se réfère[24].

Le genre littéraire des *libri de excusationibus* appartiennent à la catégorie plus générale des traités pratiques sur les *officia* des magistrats rédigés par les juristes de l'époque des Sévères[25]. Il s'agit d'ouvrages conçus pour guider les praticiens dans les méandres de la procédure des excuses à la tutelle. Ainsi Modestin souligne-t-il l'utilité de son ouvrage qu'il adresse à un certain Egnatius Dexter. Il entreprend de traduire en grec les règles applicables en matière d'*excusatio tutelae* afin d'éclairer son lecteur à travers le cheminement complexe de cette procédure contraignante[26].

22 O. Lenel, *Palingenesia* II, 850-856.

23 Lenel, *Pal.* II cit., 1798-1845.

24 O. Lenel, *Palingenesia* I, 54-69.

25 Cf. F. Schultz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, pp. 242-252; Masiello, *I libri excusationum* cit., pp. 12-16; V. Marotta, *Ulpiano e l'impero II. Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli, 2004.

26 Modestinus (1 *exc.*) D. 27.1.1pr.

Ces livres sont ponctués de référence à la législation impériale et dans une moindre mesure aux *casus* jurisprudentiels.

Examinons maintenant quelques types d'excuses façonnées au gré des sources normatives impériales. On peut y déceler un certain souci d'équilibre entre l'intérêt du mineur et la situation du tuteur.

Ces justes causes peuvent être regroupées en deux groupes principaux: les excuses résultant d'une incapacité physique ou matérielle du tuteur et celles relevant du pur privilège.

2.1 Les excuses résultant d'une incapacité physique ou matérielle du tuteur

La tutelle est une charge temporaire qui s'éteint lorsque les pupilles atteignent l'âge de la puberté[27]. C'est pourquoi les empereurs fournissent une juste cause d'excuse au tuteur testamentaire qui, dans le même testament, aurait été désigné comme tuteur, puis curateur une fois que le mineur aurait atteint l'âge de la puberté. Il peut dans cette hypothèse s'excuser de la curatelle[28].

Normalement, la présentation des excuses a lieu dès l'instant où le tuteur a eu connaissance de sa nomination et qu'il ne s'est pas engagé dans la gestion (*excusatio a suscipiendi*). En revanche, s'il a commencé à gérer la tutelle, il ne peut plus faire valoir ses excuses[29]. Il en serait de même si le tuteur désigné avait promis au père du pupille – lors de son vivant – de gérer la tutelle[30].

Dans la concession des justes motifs d'excuse, les empereurs vont prendre en compte les impossibilités physiques et matérielles d'accomplir la gestion.

Il en est ainsi de l'âge (70 ans)[31], de l'inimitié entre le père du mineur et le tuteur[32], de l'inexpérience des affaires, de l'extrême pauvreté[33], du nombre d'enfants[34], du nombre de tutelles en cours[35], de la nomination à une tutelle dans une province différente de celle où le tuteur réside[36] etc.

Dans l'hypothèse où il y a un contentieux judiciaire entre le tuteur et le pupille, l'excuse est acceptée si le tuteur a contesté le statut du mineur[37] ou s'il y a une contestation

27 Déjà Gaius (1.168) justifiait l'incessibilité de la tutelle des impubères par le tuteur car il s'agissait d'une charge temporaire qui finissait lorsque les pupilles mâles atteignaient l'âge de la puberté à la différence de la tutelle légitime des femmes qui était perpétuelle et donc susceptible d'être cédée à titre onéreux.

28 Dioclétien et Maximien au C. 5.62.20.

29 Modestinus (4 *exc.*) D. 27.1.13.12.

30 Modestinus (6 *exc.*) D. 27.1.15.1.

31 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.2pr; Philippus C. 5.67.1.

32 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.17.

33 Par exemple, le rescrit de Septimius Severus et Caracalla rapporté par Ulpianus (*liber sing. exc.*) D. 27.1.7; Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.19.

34 Par exemple, Septimius Severus et Caracalla C. 5.66.1.

35 Par exemple, Septimius Severus et Caracalla C. 5.69.1.

36 Par exemple, un rescrit de Septimius Severus et Caracalla rapporté par Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.10.4.

37 Rescrit de Septimius Severus et Caracalla rapporté par Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.18.

relative à la succession[38]. En revanche, si la contestation ne touche pas l'ensemble du patrimoine du pupille, ce n'est pas une juste raison de s'excuser[39].

Il arrive qu'un changement de circonstances se produise lors de la gestion et rende impossible l'administration du patrimoine du pupille. Dans ce cas, les empereurs admettent que le tuteur produise des excuses (*excusatio a suscepta tutela*). Ainsi des excuses peuvent être alléguées si le tuteur est absent *rei publicae causa*[40], s'il est gravement malade, s'il est tombé dans la démence. Mais la décharge sera provisoire. La tutelle sera suspendue le temps de l'absence et dans l'année qui suit le retour[41], jusqu'au rétablissement du tuteur malade et le temps de la crise de folie. Un curateur sera nommé pendant le temps intermédiaire[42].

Il est possible de comprendre à travers la riche production de rescrits en la matière que les empereurs ont tenté d'établir le juste équilibre entre l'intérêt patrimonial du pupille – notamment la gestion unitaire et continue de son patrimoine par la même personne – et les impossibilités réelles des tuteurs d'assumer leur fonction.

2.2 Les excuses relevant du pur privilège ou immunités

Il est vrai que, de prime abord, il est difficile de relier ce type d'excuse avec le souci de garantir l'intérêt du pupille. Ici, la concession revêt davantage la forme d'un pur privilège accordé par l'empereur à celui qui a été nommé tuteur et constitue en quelque sorte la contrepartie de la généralisation du système des excuses à tout type de tuteur.

Les causes d'exemption fondées sur un privilège sont nombreuses et sont minutieusement énumérés par les juristes auteurs des traités sur les excuses ou sur les *officia* des magistrats, Paul, Callistrate, Ulpien, Modestin. Jouissent entre autres d'une *immunitas:* les vétérans[43], les membres des cohortes prétoriennes[44], les membres de la corporation des *fabrorum*[45], les grammairiens, les philosophes, les sophistes, les rhéteurs, les médecins[46], les professeurs de droit dispensant leur enseignement à Rome[47], les athlètes couronnés aux jeux[48], les officiers préposés aux jeux dans les provinces d'Asie, Bithynie et Cappadoce[49], certains magistrats des cités[50] etc.

38 Iulianus (20 *Dig.*) D. 27.1.20.

39 Marcianus (2 *Inst.*) D. 27.1.21pr.

40 Gordianus C. 5.64.1.

41 Gordianus C. 5.64.2.

42 Paulus (*lib. sing. exc. tut.*) D. 27.1.11; Modestinus (3 *exc.*) D. 27.1.10.8 et D. 27.1.12pr.

43 Caracalla C. 5.65.1; Modestinus (3 *exc.*) D. 27.1.8pr, 2-6; Gordianus C. 5.65.2.

44 Ulpianus (*lib. sing. off. praet. tut.*) D. 27.1.9.

45 Callistratus (4 *cogn.*) D. 27.1.17.2.

46 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.1-11, 16. Pour plus de détails, se reporter en particulier à V. Nutton, *Two notes on immunities Digest 27, 1, 6, 10 and 11*, in *JRS* 61 (1971), pp. 52-63; Germino, *Una causa* cit.

47 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.12.

48 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.14.

49 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.13.

50 Modestinus (2 *exc.*) D. 27.1.6.16.

L'*immunitas* de la tutelle accordée ponctuellement par les empereurs à certaines catégories de personnes laisse supposer l'existence d'un *munus*. En d'autres termes, la tutelle était-elle conçue comme une charge au sens juridique du terme?

Il est fort probable qu'elle était perçue comme une charge qui différait peu des autres *munera* par ceux qui étaient nommés tuteurs. Les rescrits y afférant sont l'expression d'un dialogue constant entre l'empereur et les particuliers ou les groupes dans un contexte de distribution des charges à l'intérieur des cités provinciales[51]. Ces derniers forment des pétitions visant à obtenir un allègement des charges. Mentionnons quelques exemples à titre d'illustration.

Un fragment de Callistrate rapporte un rescrit de Marc-Aurèle selon lequel l'édilité n'était pas une cause d'exemption des charges privées, en l'occurrence de la tutelle[52].

Dans le même ordre d'idée, Alexandre Sévère a répondu que les colons n'étaient pas excusés des charges civiles donc de la tutelle[53].

Gordianus évoque l'hypothèse de celui qui a accepté de gérer une tutelle bien qu'il ait eu la possibilité de se prévaloir d'une excuse. Il ne perdra point pour autant son privilège[54].

Sur le plan juridique, la tutelle est donc bien classée tant par les empereurs que par la jurisprudence dans la catégorie des charges privées probablement dès la fin du deuxième siècle dans le contexte de refonte de la catégorie des *munera* par la jurisprudence[55].

Le classement des *munera civilia* opéré par Hermogénien donne une idée de l'état du droit classique tardif en la matière. Les *munera* sont attachés soit au patrimoine soit à la personne et il range la tutelle parmi les charges personnelles (*aeque personale munus est tutela*)[56]. Il donne également une définition de ces dernières:

> Illud tenendum est generaliter personale quidem munus esse, quod corporibus labore cum sollicitudine animi ac vigilantia sollemniter extitit, patrimonii vero, in quo sumptus maxime postulatur[57].

Cette définition n'est pas sans rappeler celle de Modestin, précédemment évoquée à propos de D. 27.1.6.15, dans laquelle le juriste soulignait que la tutelle était une charge civile à l'occasion de laquelle le tuteur ne recevait aucune rétribution financière.

51 Sur ce point: F. Millar, *Empire and city, Augustus to Julian obligations, excuses and status*, in *JRS* 73 (1983), pp. 76-96.

52 Callistratus (4 *cogn*.) D. 27.1.17.4: "Is qui aedilitate fungitur potest tutor dari: nam aedilitas inter eos magistratus habetur qui privatis muneribus excusati sunt secundum divi Marci rescriptum".

53 Alexander Severus C. 5.62.8: "Coloni (id est conductores) praediorum ad fiscum pertinentium hoc nomine excusationem a muneribus civilibus non habent ideoque iniunctae tutelae munere fungi debent." Alex. a. Maximo. <a 225 pp. iiii k. febr. Fusco et Dextro conss.>

54 Gordianus C. 5.62.12: "Voluntaria tutelae munera privilegiis nihil derogant." Gord. a. Valentino. <a 238 pp. xi k. nov. Pio et Pontiano conss.>

55 En ce sens Grelle: "*Munus publicum*" cit.

56 Hermogenianus (1 *epit.*) D. 50.4.1.4.

57 Hermogenianus (1 *epit.*) D. 50.4.1.3: "En général, une chose est considérée comme une charge personnelle si elle provient de façon régulière d'une activité physique et d'un exercice consciencieux des facultés mentales; (elle est considérée comme une charge) patrimoniale si elle implique des dépenses particulières".

Le développement du système des excuses conçu comme un tempérament du caractère obligatoire de la charge contribua à opérer un glissement de la tutelle vers le domaine des charges publiques. Ce glissement s'est opéré tant sur le plan de la terminologie que sur celui des motifs d'excuses. Notons l'extrême proximité entre les causes d'exemption ouvrant droit à une décharge de la tutelle et celles qui permettaient d'être déchargé des charges publiques.

C'est ainsi que la tutelle, qui était initialement une charge fondée sur la parenté agnatique ou sur la confiance du testateur à l'égard de la personne du tuteur, est devenue une charge obligatoire au même titre que toutes les autres charges publiques dues à la communauté.

La tutelle, charge civile, finira pas être absorbée au même titre que tous les *munera civilia* dans les *munera publica*. C'est dans cette perspective qu'il faut comprendre le prologue introductif du titre *De excusationibus tutorum vel curatorum* des Institutes de Justinien: "… nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse"[58].

Abstract

This article deals with the evolution of Roman guardianship through the mechanism of *excusatio tutelae*. Considered as closely related to *patria potestas*, guardianship was formally understood as a form of *potestas* and a right exercised in the interest of the protected person until she or he reached puberty. The initial concept of guardianship and the role of the guardian started to change during the Principate. Guardianship as *potestas* (power) developed into guardianship as *munus* (office). Imperial policy made an effort to harmonise the three types of guardianship according to the model of guardianship by magisterial appointment, forcing the guardian, in particular the testamentary guardian, to accept the office, to manage it efficiently and not to withdraw lightly. The aim of this paper is not to analyse Marcus Aurelius' generalisation (followed through by successive emperors) of the system of excuses, extending it to all types of guardianship, and forcing guardians to accept the office. This contribution rather focuses on the search for the correct balance between the ward's interests and the guardian's capacity to carry out his mandate effectively and efficiently. This may be deduced from a study of the rich casuistic sources dealing with the grounds for excuse and the evolution of guardianship towards a civilian charge.

58 I. 1.25pr.

„GRAVE EST FIDEM FALLERE“: VERTRAUENSSCHUTZ IM RÖMISCHEN RECHT

Tiziana J. Chiusi*

1. Einleitung

In seinem grundlegenden Werk „Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht“ hat Claus-Wilhelm Canaris darauf aufmerksam gemacht, daß aus der Anerkennung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit durch die Rechtsordnung folgt, dafür zu sorgen, daß ein Ausgleich für die damit verbundenen Risiken gefunden wird. Für die Ausarbeitung der entsprechenden besonderen Rechtspflichten – schreibt Canaris – dränge sich die Anknüpfung an den Vertrauensgedanken auf; denn die spezifischen Gefahren, die rechtsgeschäftliches Handeln nach sich zieht, werden dadurch hervorgerufen, daß sich die Parteien auf bestimmte Erklärungsakten „verlassen“ oder daß sie ihre Rechtsgüter der Einwirkungsmöglichkeit des Partners aussetzen und sie jene diesem somit „anvertrauen“. So zeigt sich, daß die Vertrauenshaftung die Funktion hat, die privatautonome Selbstbindung dort zu ergänzen, wo die Rechtsgeschäftslehre Schutzlücken offen läßt und wo deshalb das Prinzip der Selbstverantwortung, der Vertrauenshaftung, als Korrelat neben das der rechtsgeschäftlichen Selbstbindung und -bestimmung treten muß[1].

Sucht man nach den historischen Wurzeln dieser dogmatischen Strukturen, findet man sie – und zwar mit ähnlicher Struktur – in dem ursprünglich für die Beziehungen zwischen Römern und Fremden und zwischen Fremden miteinander entwickelten *ius gentium*. Um dieses Phänomen zu verstehen, soll zuerst an den Umstand erinnert werden, daß die Antike grundsätzlich das Personalitätsprinzip praktiziert: jeder Mensch wird nach dem Recht seiner Heimat beurteilt. Der Athener lebt, egal wo er sich befindet, nach attischem Recht, der Kreter nach kretischem Recht usw. Das hat zur Folge, daß er in einer fremden Polis grundsätzlich rechtlos ist, es sei denn, daß ein Staatsvertrag zwischen seiner und der fremden Stadt die rechtlichen Verhältnisse unter den Bürgern regelt. Das galt in Rom insoweit, als das *ius civile* das *ius proprium civium Romanorum* war und nur auf römische Bürger, nicht auf Peregrine Anwendung fand. Um dieser

1 C.-W. Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, 440.

* Lehrstuhl für Zivilrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsvergleichung, Universität des Saarlandes, Saarbrücken.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 150-162

Situation abzuhelfen, wurde auf einzigartiger Weise – lange noch bevor man von einem römischen Weltreich sprechen kann – eine besondere Gerichtsbarkeit geschaffen, die das Personalitätsprinzip faktisch relativierte und es ermöglichte, die Peregrinen in den Geschäftsverkehr zu integrieren. Hier entsteht das *ius gentium*, das weitaus wichtiger für die Gestaltung der Rechtsordnung wurde als das herkömmliche, nur den römischen Bürger zugängliche *ius civile*. Die Grundlage des *ius gentium* stellt die *fides* dar, die Treuepflicht, die als Paradigma des Vertrauensschutzes definiert werden kann. Cicero bezeichnete sie als *fundamentum iustitiae*[2]; von deren Verletzung sagte der spätklassische Jurist Ulpian: *grave est fidem fallere*[3]. Wo keine gemeinsamen rechtlichen Strukturen vorgegeben sind – und das ist typischerweise der Fall in der Beziehung mit Fremden – findet man nämlich nur im gegenseitigen Vertrauen den gemeinsamen Nenner, auf dessen Basis die rechtlichen Verhältnisse gestaltet werden können. Die *fides* als Ausdruck des Sich-Verlassen-Könnens auf das einmal gegebene Wort stellte somit die Grundlage für die Anerkennung der Verbindlichkeit der Verträge dar, die durch bloßen Konsens abgeschlossen werden. Die für uns selbstverständliche Vorstellung, daß Verträge durch Einigung der Parteien zustande kommen, verdanken wir nämlich den römischen Juristen, die schon in der Zeit der Republik Verträge wie den Kauf, den Auftrag, den Gesellschaftsvertrag, den Dienst-, Werk- und Mietvertrag entwickelt hatten, die nicht etwa durch „magische“ Worte oder ritualisierte Handlungen zustande kamen, sondern eben durch die bloße Willensübereinstimmung unter den Kontrahenten. Die Einführung dieses Grundsatzes in die Welt des Rechts stellt geradezu einen Paradigmenwechsel dar, weil die Parteien sich von nun an bei der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Rechtsgeschäfte nicht mehr tradierter Formen oder Formeln bedienen müssen, sondern sie weitgehend frei bestimmen können. Damit war die Wurzel der Privatautonomie gelegt, die das gesamte Vertragsrecht durchzieht. Nachdem die grundsätzliche Verbindlichkeit solcher Verträge anerkannt wurde, stellte die *fides* in Form der prinzipiengeleiteten und von den römischen Juristen in jahrhundertelangem Diskurs konkretisierten *bona fides* den Maßstab für die inhaltliche Ausgestaltung der vertraglichen Pflichten dar.

Geschuldet wird, was der *bona fides* entspricht. Das hat seine Ursache darin, daß sich das Formularverfahren vor dem *praetor peregrinus* im Laufe der Zeit entwickelte, welches das altrömische, den römischen Bürgern vorbehaltene Legisaktionenverfahren mit seinen komplizierten und umständlichen Spruchformeln langsam ablösen sollte. Im Formularverfahren sind die Parteien, die einen Streit austragen wollen, an schriftlich niedergelegte Formeln gebunden, die der *praetor* seinem die Rechtsschutzverheißungen enthaltenden Edikt entnimmt. Bei den hier interessierenden Verträgen (also Kauf, Miete, Auftrag und Gesellschaft) lautet der Teil der Formel, in der der Kläger sein Begehren gegenüber dem Beklagten geltend macht: *quidquid dare facere oportet ex fide bona* – was auch immer der Beklagte zu geben und zu leisten verpflichtet ist nach Treu und Glauben. Nach diesem Maßstab wird der Richter, der auch ein Peregrine sein kann[4],

2 Cic. de off. 1.23.

3 Ulp. D. 13.5.1pr.

4 Gai. 4.105.

sein Urteil fällen, wobei diese allein auf die *bona fides* abstellenden Klageformeln bekanntlich ziemlich flexibel waren[5]. Die *bona fides* stellt also das zentrale Kriterium bei allen wirklich relevanten Verträgen dar und begründet den Vertrauensschutz.

Somit wird das zivilrechtliche *oportere*, womit ursprünglich eine nur die römischen Bürger treffende Verpflichtung bezeichnet wurde, durch das Prinzip der *bona fides* auf die Fremden ausgeweitet. Dies erklärt die Sonderstellung des Prinzips von Treu und Glauben, welches noch heute in Deutschland nach § 242 BGB dem gesamten Schuldrecht zugrunde liegt und das sich im Rechtsverkehr mit den Peregrinen herausgebildet hat. Der Grund dafür wurde schon genannt: wo keine gemeinsame Rechtsordnung, keine gemeinsamen rechtlichen Strukturen vorgegeben sind, findet man im gegenseitigen Vertrauen den gemeinsamen Nenner, auf dessen Basis die rechtlichen Verhältnisse gestaltet werden können.

Wegen des begrenzten Kreises der im Edikt proponierten *actiones* herrscht zwar keine Typenerfindungsfreiheit; die Parteien müssen sich der überkommenen Vertragstypen bedienen, um die Klagbarkeit zu gewährleisten. Doch sind inhaltlich die Parteien bei der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse frei (im Rahmen der *boni mores* und des Erlaubten). Es stand ihnen frei, Nebenabreden zu vereinbaren, etwa die Stundung einer Mietzinsforderung oder den Rücktritt für den Fall des Zahlungsverzugs oder daß die verkaufte Sklavin nicht als Prostituierte eingesetzt werden darf. Vorgaben etwa für einen gerechten Preis macht das Recht nicht[6]. Allgemein galt für diese auf dem Konsens der Partner beruhenden Verträge das Gebot redlichen Verhaltens, was zur Folge hatte, daß je nach Vertragstyp Schutz-, Erhaltungs- und Informationspflichten angenommen werden konnten, deren Verletzung die prozessuale Möglichkeit einer Arglisteinrede eröffnete.

Die Bürger müssen Vorsorge treffen für die Regelung ihrer Interessen, dem entspricht die eher schiedsrichterliche Funktion des Staates[7]. Der rechtliche Rahmen, das juristische Instrumentarium dieser Vorsorge sind in der Tat von der Rechtsordnung präzis vorgegeben. Somit wird staatlicher Schutz durch das System des Privatrechts erreicht, dessen zentraler Kern das Prinzip der Privatautonomie darstellt; der Vertrauensschutz als Stützpfeiler der Privatautonomie wird durch die *bona fides* garantiert.

Im Folgenden werde ich versuchen, anhand von ein paar grundlegenden Beispielen die Orientierung der römischen Juristen bei der Rechtsentwicklung am Prinzip des Vertrauensschutzes und am Gedanken der *fides*, die dieses Prinzip begründet, zu erläutern. Dabei werde ich das deutsche BGB als Referenzgesetz nehmen. Dies dürfte dem hier geehrten Jubilar, meinem geschätzten Kollegen und lieben Freund Laurens Winkel als Kenner des deutschen Gesetzbuches nicht mißfallen.

5 O. Lenel, Das Edictum perpetuum, 3. Aufl. Leipzig 1927, 288f. (*bonae fidei iudicia*), 299f., (Kauf, Miete), 295f. (Auftrag), 297 (Gesellschaft).

6 Vgl. Paul. D. 19.2.22.3: *Quemadmodum ... naturaliter concessum est ... et ita invicem se circumscribere.*

7 Vgl. dazu T.J. Chiusi, Die umfassende Dimension des Privatrechts, in: J. Neuner (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007, 3ff.

2. Zum römischen Kaufrecht

2.1 Das ädilizische Edikt als Vorbild

Zur topischen Erörterung des Themas lohnt es sich, das Kaufrecht zu betrachten, das auf Grund seiner Entstehungsgeschichte und seiner Struktur ganz besonders illustrativ im Hinblick auf die Problematik des Vertrauensschutzes wirken kann. Es empfehlt sich, mit dem ädilizischen Edikt zu beginnen, das übrigens das Vorbild der §§ 459ff. BGB vor der deutschen Schuldrechtsreform im Jahre 2002 gewesen ist und welches gerade in einem erhöhten Bedürfnis nach Vertrauensschutz seine Ursache hatte[8].

Für den Verkauf von Sklaven auf dem Markt, ebenso für den Verkauf von Zugtieren, erließen bekanntlich die kurulischen Ädilen als zuständige Marktmagistrate ein Edikt, das den Verkäufern aufgab, gewisse typische Fehler des Sklaven öffentlich anzuschlagen, wie etwa Krankheiten oder Charakterfehler, z.B. die Neigung zur Flucht. Taten die Verkäufer dies wissentlich oder unwissentlich nicht, oder sicherten sie gewisse Eigenschaften zu, die der Sklave nicht aufwies, oder verhielten sie sich auf sonstiger Weise arglistig, verhießen die Ädilen die *actio redhibitoria* auf Rückgabe des Sklaven binnen einer Frist von 6 Monaten oder die *actio quanti minoris* auf Minderung des Kaufpreises binnen eines Jahres. Dieses Edikt, das in den Grundzügen schon zur Zeit des Komödiendichters Plautus (ca. 250–184 v. Chr.) existiert hat[9], bot somit ein Sonderrecht für den Marktkauf von Sklaven und Vieh, das auf der Idee basierte, daß man auf das Gesagte und Zugesicherte vertrauen darf. Es handelte sich dabei um eine Sondergerichtsbarkeit der Ädilen als zuständige Marktmagistrate, die neben der „ordentlichen“ Gerichtsbarkeit des Prätors und unabhängig von ihr existierte. Aus diesem Charakter einer Gerichtsbarkeit für besondere Fälle in einer spezifischen Situation, der Marktsituation, erklärt sich die Eigenart der Haftung, nämlich die Haftung nur auf Wandelung oder Minderung. Da Marktverkäufer typischerweise sonst nicht dazu neigen, Mängel der zu verkaufenden Sachen offenzulegen, fühlten sich die Ädilen verpflichtet, einzuschreiten und ihnen Informationspflichten aufzuerlegen[10]. Deren Verletzung machte den Verkäufer verschuldensunabhängig haftbar. Dieses Modell hat sich als zukunftsträchtig erwiesen: Ziemlich alle europäischen Kodifikationen haben die ädilizischen Rechtsbehelfe in irgendeiner Form übernommen als Sachmängelgewährleistungsrechte[11]. Auch die Informationspflichten, die heutzutage in das Zentrum der Diskussion der schuldrechtlichen Nebenpflichten getreten sind, finden somit Vorläufer in der ädilizischen Haftung[12].

8 Zur Entwicklung des Kaufrechts des BGB aus dem Römischen Recht vgl. T.J. Chiusi, Modern, alt und neu: zum Kauf nach BGB und römischem Recht, Jura 2007, 217ff. und zum Haftungsrahmen 221f.

9 Vgl. M. Kaser, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. München 1971, 559 A. 46; dazu (und allgemein zum Edikt der kurulischen Ädilen) zuletzt ausführlich É. Jakab, Praedicere und cavere beim Marktkauf, München 1997, 123ff., 127ff., 153ff., 272ff.

10 Ulp. (1 *ed. aed. cur*.) D. 21.1.1.1: *Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit ...*

11 Vgl. artt. 1641ff. code civil, §§ 922ff. ABGB, artt. 1484ff. codigo civil, artt. 197ff. OR, artt. 1490ff. codice civile.

12 Zu den durch das ädilizische Edikt auferlegten Informationspflichten s. Jakab, (s. o. A. 9) 127ff. und passim.

2.2 Die *actio empti* als umfassender Rechtsbehelf

2.2.1 Der Umfang der Kaufklage

Neben den ädilizischen Rechtsbehelfen als Sonderrecht für den Marktkauf von Sklaven und Vieh existierte für alle anderen Kaufsituationen und -gegenstände die *actio empti* als Rechtsbehelf des Käufers gegen den Verkäufer. Nach ihr war der Verkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet, das zu geben oder zu leisten, was er gemäß Treu und Glauben schuldete[13]. So war es seit Labeo und Sabinus anerkannt, daß mit der *actio empti*, der normalen Kaufklage, auch die Wandelung verlangt werden konnte[14]; Ulpian (D. 19.1.11.3) billigt das – zu Beginn des 3. Jh n.Chr – ausdrücklich: *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*[15].

Wenn z.B. jemand glaubte – so der Fall von Ulp. D. 19.1.11.5[16] –, eine jungfräuliche Sklavin zu kaufen, aber eine Sklavin verkauft wurde, die keine Jungfrau mehr war, und der Verkäufer diesen Irrtum erkannte, den Käufer aber in seinem Irrtum beließ, dann war eine Wandelung aufgrund des ädilizischen Edikts nicht möglich. Denn – ganz abgesehen von der Frage, ob es sich in concreto um einen Marktkauf handelte – die Jungfräulichkeit war keine Eigenschaft, über die nach dem ädilizischen Edikt informiert werden mußte. Dem Käufer steht aber die allgemeine Kaufklage zu, um den Kauf auflösen zu können, und nach der Rückgabe der Sklavin die Rückzahlung des Kaufpreises zu erlangen.

2.2.2 Sachmangel und Vertragsauslegung

Die Übersetzung von *bona fides* in der Formel der Kaufklage mit Treu und Glauben ist zwar naheliegend und korrekt, trotzdem aber etwas vereinfachend. Denn durch die *bona fides* wurde dem *iudex privatus*, der den konkreten Fall zu entscheiden hatte, ein Ermessensspielraum eingeräumt, der ihm erlaubte, sämtliche Umstände des Einzelfalls bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Das bedeutet freilich nicht, daß es sich um eine Art richterlicher Willkür oder unkontrollierter Einzelfallgerechtigkeit handeln würde. Vielmehr war diese *bona fides* prinzipiengeleitet und von den römischen Juristen in jahrhundertelangem Diskurs konkretisiert worden. So erläutert Ulpian (D. 19.1.11.1) den Inhalt der Kaufklage mit folgenden Worten: *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si*

13 Vgl. Lenel, (s. o. A. 5) 299.

14 Es besteht kein Grund mehr zu bezweifeln, daß schon die klassischen Juristen eine *actio empti* auf Wandlung gekannt haben, so richtig schon D. Medicus, Id quod interest, Köln, Graz 1962, 146ff. mit weiteren Nachweisen, und H. Honsell, Quod interest im bonae-fidei-iudicium, München 1968, 82 mit A. 77.

15 Dazu s. Jakab, (o. A. 9) 175.

16 Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19.1.11.5: *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.* Vgl. dazu richtig Medicus (s.o. A. 14) 146f.

nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate[17]. Es kommt also für Ulpian zunächst auf die Parteivereinbarung an; Fehlt es an einer solchen ausdrücklichen Vereinbarung, dann wird auf das abgestellt, was normalerweise aufgrund dieser Klage zu leisten ist; die an der *bona fides* orientierte Vertragsauslegung bestimmt also den Haftungsumfang[18].

2.2.3 Die Haftung auf Schadensersatz

Das dem Richter bei der Kaufklage eingeräumte Ermessen betraf nicht nur das, was wir heute die Tatbestandsvoraussetzungen der Klage nennen würden. Vielmehr bestimmte die *bona fides* auch die Rechtsfolgen. So konnte mit Hilfe dieser Klage nicht nur, wie bereits gesagt, die Wandelung verlangt werden. Mit ihr konnte auch der Kaufpreis gemindert werden und Schadensersatz verlangt werden. Dabei wurde nach der Kenntnis des Verkäufers differenziert. In dem von Ulpian in D. 19.1.13pr. zitierten Gutachten Julians hatte der Verkäufer einen morschen Balken bzw. krankes Vieh verkauft[19]. Ob er von dem Mangel bzw. der Krankheit weiß, macht einen Unterschied bei der Verurteilung aus der Kaufklage. Wußte der Verkäufer nichts von dem Mangel oder der Krankheit, dann haftet er auf soviel, wieviel der Käufer weniger bezahlt hätte, hätte dieser von dem Mangel gewußt. Wußte der Verkäufer dagegen von dem Mangel, hat er dem Käufer alle aufgrund dieses Kaufs erlittenen Schäden zu ersetzen, d.h. den Wert des infolge des morschen Balkens eingestürzten Gebäudes oder den Wert der infolge der vom kranken Vieh ausgegangenen Infektion eingegangenen Herde. Diesem berühmten Fragment kommt sowohl für die Haftung auf das Interesse wie auch für die Ersatzfähigkeit von Mangelfolgeschäden eine herausragende Rolle zu; es ist eine der Wurzeln für die moderne Unterscheidung zwischen Erfüllungs- und Vertrauensinteresse[20]. In Wahrheit aber legen Julian und Ulpian in D. 19.1.13pr. auf diese Unterscheidung keinen Wert. Ihnen geht es vielmehr nur darum, ob sich die Haftung auf den überzahlten Kaufpreisteil oder den Ersatz des Folgeschadens richtet; letzteren muß nur der wissende Verkäufer

17 Dazu s. ebenfalls Jakab, (s.o. A. 9) 175 mit weiteren Nachweisen. Die in der Vergangenheit von der Interpolationskritik vorgebrachten Argumente gegen die Echtheit des Textes sind nicht haltbar.

18 Der Gedanke, daß es der *bona fides* entspricht, sich an den üblicherweise von den Parteien benutzten Standards zu orientieren, findet sich auch in Ulp. (1 *ed. aed. cur.*) D. 21.1.31.20 und ist ein Beispiel dafür, wie die *bona fides* prinzipiengeleitet interpretiert wurde.

19 *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit* IDONEVENISSE *erit praestandum.*

20 Fraglich ist, ob die Textkorruptel IDONEVENISSE der wichtigsten Digestenhandschrift, des *Codex Florentinus*, mit *idonea venisse*, *idonee venisse* oder mit *id non evenisse* zu emendieren ist. Auf die Lesart *idonea venisse* stützt sich die Lehre vom Erfüllungsinteresse; diejenigen, die *id non evenisse* lesen, operieren mit dem Vertrauensinteresse. Im Ergebnis unterscheiden sich die Varianten für die Lösung des konkreten Falles nicht, vgl. Medicus, (s.o. A. 14) 128ff. und Honsell, (s.o. A. 14) 83ff.

ersetzen[21]. War der Käufer in der Lage, das Wissen des Verkäufers zu beweisen, konnte er vollen Schadensersatz erreichen.

Die aus der Kaufklage stammende Haftung auf Schadensersatz bestimmt sich nicht nur nach dem bloßen Gegensatz Wissen und Unwissen des Verkäufers, sondern ist noch weiter ausdifferenziert. Im Fortgang des zitierten Ulpian-Fragments aus dem 32. Buch des Kommentars zum prätorischen Edikt fragt sich der Jurist, wie der Verkäufer haften soll, der ohne zu wissen, daß der Sklave ein Dieb ist, behauptet, dieser sei rechtschaffen und treu, und ihn dann für teueres Geld verkauft[22]. Die Antwort lautet, daß der Verkäufer trotz Unkenntnis auf Schadensersatz haften soll, weil er ihm selbst unbekannte Eigenschaften nicht zusichern darf[23]. Dieser Haftungsgrund der Zusicherung mit der Konsequenz des Schadensersatzes war in dem früheren Schuldrecht in dem – aus systematischer Sicht spezifisches kaufrechtliches Sonderrecht darstellenden – § 463 BGB enthalten, der tatbestandlich der Einstandspflicht für Zusagen und Zusicherungen (*dicta et promissa*) des ädilizischen Edikts nachgebildet war. Die Zusicherung ist jetzt hinübergewandert in den durch die Garantiezusage erweiterten Verantwortlichkeitsmaßstab des neuen § 276 BGB. Damit ist sie, ähnlich wie unter dem Regime der *actio empti*, in den Kreis der allgemeinen Haftungsmaßstäbe integriert worden.

Auch in Pomp. D. 19.1.6.4 ist eine Eigenschaftszusicherung der Ausgangspunkt für eine Diskussion der Schadensersatzhaftung[24]. Dort beginnt Pomponius mit der Feststellung, daß, wer beim Verkauf eines Gefäßes ein bestimmtes Maß zusichere, mit der Kaufklage hafte, wenn das Gefäß kleiner sei. Aus der Fallkonstellation ergibt sich, daß es hier nur um den Ersatz des Mangelschadens geht. Dies wird durch den Fortgang der Stelle bestätigt, in dem sich Pomponius adversativ einem Fall zuwendet, in dem Mangelfolgeschäden entstehen können. Sichert der Verkäufer die Integrität des verkauften Gefäßes zu, haftet er, wenn das Gefäß undicht ist, auch für das, was der Käufer deswegen verloren hat, also z.B. für das ausgelaufene Öl[25]. Ist nicht ausdrücklich vereinbart, daß das Gefäß integer sein sollte, dann haftet der Verkäufer nur bei Arglist. Nach Labeo allerdings, dessen Meinung Pomponius billigt, muß der Verkäufer in allen Fällen ein dichtes Gefäß leisten, auch wenn das nicht ausdrücklich vereinbart worden ist. Der Grund seiner Entscheidung ist klar: Daß das Gefäß dicht ist, muß nicht extra vereinbart werden, es gehört zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung. Deswegen stellt die Leistung eines undichten Gefäßes eine – modern gesprochen – Pflichtverletzung

21 So Medicus, (s.o. A. 14) 130.

22 Ulp. (32 *ad ed.*) D. 19.1.13.3: *Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? videamus, an ex empto teneatur. et putem teneri. atqui ignoravit sed non debuit facile quae ignorabat adseverare ...*

23 Zum Verhältnis dieser Zusicherung zum ädilizischen Edikt s. Jakab, (s.o. A. 9) 193ff., die die *bonae-frugi*-Klausel als Klausel betrachtet, die ähnlich wie die Klausel *bonis* bzw. *optimis condicionibus* bei „guten" Sklavenkäufen Anwendung findet (im Gegensatz zu „schlichten" Käufen, in denen die Gewährleistung ausgeschlossen wird).

24 *Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat et est verum ...*

25 Vgl. Medicus, (s.o. A. 14) 131, 154f.

dar. Für derartige Mangelfolgeschäden kann mit der *actio empti* Schadensersatz verlangt werden (genauso wie es jetzt nach §§ 434 I 2 Nr. 1, 437 Nr. 3, 280 I BGB der Fall ist).

2.3 Fazit

Wir haben die *bona fides* als zentrales Kriterium bei der Kaufklage hervorgehoben. Ihre Interpretation durch die römischen Juristen hat einerseits zur Klärung des Obligationsinhaltes, andererseits auf subjektiver Seite zur Bestimmung des Haftungsmaßstabs und -umfangs geführt. So haben wir gesehen, daß beim Obligationsinhalt auf das, was vereinbart worden ist (*id quod actum est*), oder das typischerweise in solchen Fällen zu Leistende abzustellen ist. Würde man Parallelitäten mit dem modernen Recht aufstellen, wäre festzuhalten, daß zumindest im Hinblick auf die Definition des Sachmangels in § 434 BGB diese Norm stark der Struktur des Textes von Ulpian D. 19.1.11.1 folgt, der die *bona fides* für den Obligationsinhalt konkretisiert. Nicht eindeutig würde sich eine Parallele beim Haftungsmaßstab ausmachen lassen, da die römischen Juristen nach dem Verschulden, aber auch nach Kenntnis und Unkenntnis differenzierten. Im BGB wurde mit der Reform des Schuldrechts die Verantwortlichkeit des Schuldners in einen weiten Rahmen gestellt: die Pflichtverletzung als Zentralbegriff soll die Grundlage aller Schadensersatzansprüche bilden, hinzu kommt die grundsätzliche Notwendigkeit des Verschuldens, wie § 280 I BGB festhält. Darüber hinaus spricht der heutige § 276 BGB nicht mehr nur von Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sondern integriert die bislang im BGB verstreuten Gedanken der Garantieübernahme – die die alte Zusicherung terminologisch ersetzt hat – und die (früher in § 279 BGB a.F. nur unvollkommen anklingende) Idee der Übernahme eines Beschaffungsrisikos in eine einzige Norm. Würde ein römischer Jurist diese Skala der Verantwortlichkeiten betrachten, hätte er vermutlich wenig Mühe, sie mit der Haftung *ex fide bona* zu parallelisieren.

3. *Praepositio* und Vertrauensschutz

3.1 Einführung

Charakteristikum der römischen Rechtsordnung war, daß innerhalb des Kreises der Familienväter alle gleich waren. Sonst aber war die römische Gesellschaft von Ungleichheit geprägt, sowohl Ungleichheit des Status als auch der Handlungsmöglichkeiten. Dies wirkte sich zum einen auf die persönliche Freiheit (mit der Konsequenz der Schichtung in Freigeborene, Freigelassene und Sklaven), zum anderen auf die Stellung im Familienverband aus: *pater familias* mit voller Handlungsfähigkeit und alle übrigen Mitglieder der Familie (Hausfrau, Kinder, Sklaven), die in ihrer Handlungs-, Vermögens- und Rechtsfähigkeit (sowie ihrer Stellung im Prozeß) in unterschiedlicher Weise beschränkt sind. Da aber alle diese Personen inklusive der Sklaven trotzdem am Rechtsverkehr teilnehmen sollen und können, stellt eine so differenzierte Struktur das Funktionieren des Rechtsystems im Konfliktfall vor komplizierte Fragen. Sie zu lösen, oblag den römischen Juristen, die dazu ein extrem raffiniertes privatrechtliches Instrumentarium entwickelten. Unter den verschiedenen Instituten, die Stabilität und Abhilfe geschaffen haben, ist das Pekulium, das Sondervermögen der Sklaven und der Kinder, zu erwähnen, das diesen vom Gewalthaber zugeteilt wurde und über das sie

prinzipiell die freie Verfügung hatten, um am Rechtsverkehr teilzunehmen, und die – damit mindestens zum Teil verbundenen – *actiones adiectitiae qualitatis*. Mit diesen von den Prätoren geschaffenen Klagen haftete bekanntlich der Gewalthaber aus den Geschäften, die die Gewaltunterworfenen abgeschlossen hatten, und zwar je nach der Haltung zu der wirtschaftlichen Aktivität seines Sklaven oder Kindes: hatte er im Rahmen einer Reederei den Gewaltunterworfenen als Kapitän seines Schiffes (*magister*) bzw. direkt als Reeder oder als Geschäftsführer eines Ladens (*institor*) eingesetzt oder ihn gegenüber dem Geschäftspartner zum Abschluß eines bestimmten Geschäfts ermächtigt, haftete er *in solidum*; wurde er durch die Tätigkeit des Gewaltunterworfenen bereichert, haftete er mit der *actio de in rem verso* für die Höhe der Bereicherung, ansonsten beschränkte sich seine Haftung mit der *actio de peculio* auf die Höhe des Betrags des *peculium*, welches er dem Gewaltunterworfenen zur Verfügung gestellt hatte. Am Rande sei bemerkt, daß im Verhältnis Sklave – Herr Geschäftsbeziehungen möglich waren und diese im Rahmen der Haftung *de peculio* als Rechnungsposten die Höhe der Haftung vergrößern oder verkleinern konnten.

Vor dem Hintergrund, daß unter Vertrauensschutz und Vertrauenshaftung im geltenden Recht Fälle der Rechtsscheinhaftung im allgemeinen und handelsrechtlichen Stellvertretungsrecht genannt werden, wollen wir als zweites Feld unserer topischen Erörterung des Vertrauensschutzes im römischen Recht Beispiele aus diesem Bereich benutzen. Hier nämlich sind Konstellationen zu finden, in denen die Voraussetzungen der Vertrauenshaftung genauso wie im geltenden Recht repräsentiert werden: ein „Vertrauenstatbestand" als vertrauenserweckender Zustand; Gutgläubigkeit des Vertrauenden und eine darauf beruhende „Vertrauensinvestition"; die Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestands zu dem Inanspruchgenommenen[26].

3.2 Die Haftung für den institor als Schutz des Geschäftsverkehrs

Ein bemerkenswerter Text ist in diesem Zusammenhang sicherlich D. 14.3.11.2-5 (Ulp. 28 *ad ed.*)[27]. Hier sagt Ulpian, daß grundsätzlich derjenige Herr (oder Vater), der einen

26 Canaris, (s. o. A. 1) 491ff.

27 *2. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed si quis nolit contrahi, prohibeat ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. 3. Proscribere palam sic accipimus claris litteris, unde de plano recte legi possit, ante tabernam scilicet vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti. Litteris utrum Graecis an Latinis? puto secundum loci condicionem, ne quis causari possit ignorantiam litterarum. Certe si quis dicat ignorasse se litteras vel non observasse quod propositum erat, cum multi legerent cumque palam esset propositum, non audietur. 4. Proscriptum autem perpetuo esse oportet ceterum si per id temporis, quo propositum non erat, vel obscurata proscriptione contractum sit, institoria locum habebit. proinde si dominus quidem mercis proscripsisset, alius autem sustulit aut vetustate vel pluvia vel quo simili contingit, ne proscriptum esset vel non pareret, dicendum eum qui praeposuit teneri. sed si ipse institor decipiendi mei causa detraxit, dolus ipsius praeponenti nocere debet, nisi particeps doli fuerit qui contraxit. 5. Condicio autem praepositionis servanda est quid enim si certa lege vel interventu cuiusdam personae vel sub pignore voluit cum eo contrahi vel ad certam rem? aequissimum erit id servari, in quo praepositus est. item si plures habuit institores vel cum omnibus simul contrahi voluit vel cum uno solo. sed et si denuntiavit cui, ne cum eo contraheret, non debet institoria teneri nam et certam personam possumus prohibere contrahere vel certum genus hominum vel negotiatorum, vel certis hominibus permittere. Sed si alias cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio neque enim decipi debent contrahentes.*

anderen, den *institor*, als Geschäftsführer in sein Geschäft eingesetzt hat, für die von diesem abgeschlossenen Verträge mit Dritten haftet. Damit ist der Figur des *institor* angesprochen, der ein Freier oder ein Sklave sein konnte, der als Geschäftsführer eines Ladensgeschäfts (aber auch für andere Tätigkeiten) vom Geschäftsinhaber eingesetzt wurde. Mit der *actio institoria*[28] kann der Vertragspartner eines *institor* dessen Geschäftsherrn aus den in dem Laden mit dem *institor* geschlossenen Verträgen in Anspruch nehmen. Die Einsetzung des *institor* erfolgt aufgrund einer *praepositio*, die die Grundlage für die Haftung ist, und begrenzt diese auf die mit dem Ladengeschäft sinnvollerweise verbundenen wirtschaftlichen Tätigkeiten. Diese Haftung stellt keinen Fall der indirekten Stellvertretung dar; vielmehr wird die Vertragsklage, die eigentlich gegen den *institor* bestehen müßte, durch eine Veränderung der Klageformel durch den Prätor auf den Geschäftsherrn umgeleitet.

Die Haftung aus der *actio institoria* kann nur durch eine öffentliche Bekanntmachung eines Kontrahierungsverbots durch den Ladeninhaber abgewendet werden. Denn in diesem Falle ist der im Laden Tätige nicht als Eingesetzter zu behandeln. Fehlt es an einer solchen Bekanntmachung, haftet der Einsetzende allein wegen der Einsetzung, der *praepositio*. Dies macht deutlich, daß die Kunden eines Geschäfts grundsätzlich damit rechnen dürfen, daß ein eingesetzter *institor* vom Ladeninhaber befugt ist, Verträge zu schließen, aus denen gegen den Ladeninhaber geklagt werden kann. Die Einsetzung schafft damit grundsätzlich einen Vertrauenstatbestand, ohne daß es einer spezifischen Erlaubnis bedarf. Die öffentliche Bekanntmachung eines Kontrahierungsverbots setzt eine Erkennbarkeit für die potentiellen Vertragspartner voraus. Deshalb muß dieses schriftlich fixiert und gut erkennbar im Laden ausgehängt werden. Dies kann nach Ulpians Auffassung je nach dem Ort des Ladens auch auf Griechisch geschehen. Einwände gegen die Lesbarkeit werden dann nicht zugelassen, wenn allgemein an dem Ort die Lektüre für die meisten möglich war, oder wenn jemand einwendet, daß er des Lesens nicht mächtig ist. Die Bekanntmachung muß dauerhaft erfolgen. Geht sie verloren oder wird sie unleserlich, führt dies zu einer Haftung des Geschäfteherrn mit der *actio institoria*. Das gilt unabhängig davon, ob ein Dritter oder Naturgewalten die Bekanntmachung beeinträchtigt haben. Selbst eine arglistige Beseitigung der Bekanntmachung des Kontrahierungsverbots durch den *institor* läßt die Haftung nur dann entfallen, wenn der Vertragspartner mit dem *institor* kollusiv zusammengewirkt hat.

Die Betonung der Sichtbarkeit und Lesbarkeit des Kontrahierungsverbots sowie die Notwendigkeit der sprachlichen Abstimmung auf den Adressatenkreis unterstreichen den Umstand, daß hier das Vertrauen in die Einsetzung geschützt wird. Der verwendende Geschäftsherr muß die Erkennbarkeit und Verständlichkeit sicherstellen; hat er dies im Hinblick auf andere Kunden erfolgreich getan, kann sich ein Einzelner nicht auf fehlendes Verständnis bzw. Lesbarkeit berufen. Auch der Hinweis, daß die Umstände für die zu verwendende Sprache entscheidend sind, macht deutlich, daß es um den Verkehrskreis

28 Zu der *actio institoria* s. statt aller T.J. Chiusi, in: Heinen u.a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Antiken Sklaverei I, Stuttgart 2006, *s.v. actio institoria* sowie dieselbe, Die Auseinandersetzung der römischen Juristen mit der Sklaverei – Zur Stabilisierungsfunktion des Privatrechts in der Gesellschaft, in: T.J. Chiusi / Th. Gergen / H. Jung (Hrsgg), Das Recht und seine historischen Grundlagen. Festschrift für E. Wadle zum 70. Geburtstag, Berlin 2008, 79ff.

geht. Erfüllt der Geschäftsherr dessen Erwartungen an ein Verbot, haftet er nicht. Allerdings kommt es hierbei nicht darauf an, ob er dies ursprünglich erfüllt hat. Der Geschäftsherr haftet auch dann, wenn eine Bekanntmachung von dritter Seite beeinträchtigt worden ist. Soweit man bei einer Beschädigung durch Alter oder Naturgewalten noch ein sorgloses Fehlverhalten dem Geschäftsherrn jedenfalls typischerweise unterstellen könnte, ist dies beim Dritteingriff oder bei treulosem Verhalten des *institor* nicht möglich. Für die Haftung kommt es wohl ausschließlich auf die objektive Lage an, ob die Bekanntmachung wahrgenommen werden kann. Ist dies aufgehoben, haftet selbst der hintergangene Geschäftsherr. Das läßt sich aber nur damit erklären, daß dem Vertrauen des Geschäftsverkehrs darin, daß ein *institor* grundsätzlich haftet, der Vorrang vor den Interessen des Geschäftsherrn gewährt wird. Mit der Einsetzung hat er einen Vertrauenstatbestand veranlaßt und muß sich alle Folgen zurechnen lassen. Der Schutz hört nur dort auf, wo der Geschäftsverkehr keinen deutlicheren Hinweis mehr erwartet oder bei Kollusion. Hier wird dann eine *exceptio doli*, eine Arglisteinrede, eingreifen. Hierbei finden wir den Umstand wieder, daß Vertrauensschutz eine Gutgläubigkeit auf Seiten des Beschützten bedingt.

Problematisch ist der weitere Zusammenhang mit der *praepositio*, deren Bedingungen bei der Betrachtung der Bedeutung ihres Inhalts zu beachten sind. Für die Haftung mit der *actio institoria* ist sie dann relevant, wenn der Geschäftsherr Vorgaben über die Modalitäten oder die Vertragspartner des Geschäfts macht. Ulpian beurteilt dies als sehr billig. Er erstreckt dies auch auf den Fall, in dem der Herr mehrerer *institores* bestimmt habe, daß sie nur zusammen oder allein handeln dürfen. Auch hält er es für zulässig, wenn man durch Kontrahierungsverbot gegenüber einem Geschäftspartner den Vertragsschluß verhindert. Denn es sei zulässig, einen Vertragsschluß mit bestimmten Personen oder Personengruppen zu untersagen. Eine Grenze zieht der Jurist hier dann, wenn der Geschäftsherr ständig das Verbot ändert.

Technisch geht es hier um den genauen Inhalt der Bestellung, wobei *condicio* eine ausdrückliche Willensbestimmung beinhaltet. Da hier gemeinsames Handeln ebenso wie bestimmte Modalitäten für abzuschließende Verträge bestimmt werden können, scheint dies dem allgemeinen Grundsatz in § 2 zu widersprechen. Auflösen läßt sich das dann, wenn die Einsetzung einzelnen oder bestimmten Gruppen gegenüber beschränkt wird. Damit hat die *praepositio* jedenfalls zunächst einen typischen, der Auslegung zugänglichen Inhalt, der nur im Einzelfall besonders ergänzt werden muß. Dann tritt der inhaltliche Unterschied zum Verbot nicht klar zu Tage. Allerdings wird man für die Einsetzung möglicherweise Anhaltspunkte finden können. Existiert eine unbeschränkte *praepositio*, ist sie ohne einschränkendes Verbot als Haftungsgrund ausreichend. Wieder reinen Vertrauensschutz dürfte der Gedanke enthalten, daß die Partner nicht getäuscht werden dürfen. Mit anderen Worten: die entsprechenden Beschränkungen müssen transparent erfolgen. Geschieht das nicht, sondern sind die Handlungsbefugnisse durch ständig wechselnde Befugnisse unklar, soll es zu einer Haftung kommen.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die *praepositio*, deren abgrenzendes Verhältnis zum Verbot in einzelnen Fällen auslegungsbedürftig ist, den Vertrauenstatbestand begründet. Dieser kann durch ein Kontrahierungsverbot individuell oder generell, dann mit entsprechenden Anforderungen, beseitigt werden. Die Geschäftspartner werden insoweit geschützt, als diese sich auf keine Anhaltspunkte für ein Verbot berufen können.

3.3 Die *actio tributoria* und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Ladengeschäfts

In D. 14.4.5.15-16, dem wir uns widmen sollen, geht es um die Frage, welche Haftungsmasse den Gläubigern eines von einem Sklaven betriebenen Geschäfts offen steht[29]. Zunächst behandelt Ulpian die Frage einer Haftung nach der *actio tributoria* in dem Fall, daß einige der Gläubiger eines Sklaven sich bei der Aufforderung zur Erfüllung ihrer Forderungen auf einen bestimmten Betrieb mit dem entsprechenden Warenbestand beziehen. Hat der Sklave einen Tuch- und einen Leinenhandel, werden nach Ansicht von Ulpian jeweils nur die Waren des Geschäfts unter den Gläubigern eben dieses Ladens verteilt, während die Waren des anderen Geschäfts und dessen Gläubiger unberücksichtigt bleiben.

Die *actio tributoria* ermöglicht die Befriedigung der Gläubiger eines Sklaven, der mit Waren (*merx*) aus seinem Pekulium mit Wissen und Duldung des Gewalthabers Handel treibt. Sie erfolgt durch die Verteilung der noch vorhandenen Waren zwischen den Gläubigern proportional zu den offenen Forderungen, zu der die Gläubiger den Herrn – der mit den Gläubigern ohne das Privileg des Befriedigungsvorrangs konkurriert – im Defizienzfall mit der Klage zwingen können[30]. Hier fordern die Gläubiger den Eigentümer des Sklaven auf, die Waren in dessen Pekulium, mit denen der Sklave Handel getrieben hat, zur Erfüllung der Forderungen zu verteilen; kommt der Eigentümer dem nicht oder nicht nach dem vom *praetor* vorgesehenen Maßstab der Gleichrangigkeit der Forderungen aller Gläubiger inklusive des Gewalthabers nach, ließe sich die Verteilung im Wege der *actio tributoria* durchsetzen. Kernpunkt des Textes ist, wie die Waren zu bestimmen sind, wenn der Sklave mehr als ein Ladengeschäft betreibt und damit sein Pekulium Waren in Läden an verschiedenen Orten enthält. Die Klageformel setzt ein Handeln *mercis nomine*, im Bezug auf die in dem Betrieb eingerichteten Waren, voraus. Daher werden diese zunächst in § 15 auf diejenigen begrenzt, die zur *negotiatio*, also zu einer bestimmten Handelstätigkeit gehören. In § 16 weitet Ulpian diese Lösung auf den Fall aus, in dem der Sklave zwei Läden mit derselben unternehmerischen Tätigkeit betreibt, hier einen Laden in *Bucinum*, den anderen in Trastevere. Auch hier ist eine getrennte Verteilung billig, denn die Waren eines Ladens sollen dessen Gläubigern und nicht den Gläubigern des anderen Ladens zur Verfügung stehen.

Die Begründung dieser Entscheidung knüpft an den Vertrauensschutz an. Denn in § 15 wird darauf abgehoben, daß die Gläubiger nicht wegen des Sklaven und damit wohl seines Pekuliums den Vertrag abschließen. Sie tun es vielmehr im Hinblick auf die

29 *15. Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in isdem confundendi erunt et omnes in tributum vocandi? ut puta duas negotiationes exercebat, puta sagariam et lintearium, et separatos habuit creditores. puto separatim eos in tributum vocari unusquisque enim eorum merci magis quam ipsi credidit. 16. Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit et ego fui tabernae verbi gratia quam ad Bucinum habuit ratiocinator, alius eius quam trans Tiberim, aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.*

30 Dazu ausführlich T.J. Chiusi, in: Heinen u.a., (s.o. A. 28) *s.v. actio tributoria*; dieselbe, Die Auseinandersetzung der römischen Juristen mit der Sklaverei – Zur Stabilisierungsfunktion des Privatrechts in der Gesellschaft, (s.o. A. 28) 81f.; sowie dieselbe, Contributo allo studio dell’editto „de tributoria actione“, Roma 1993 passim.

Waren in dem Geschäft. Die Waren, welche auch die zum Laden gehörende Einrichtung umfassen[31], sind wahrnehmbar und vermitteln einen Eindruck über die wirtschaftliche Situation des Betriebs. Insoweit werden also die Vertragspartner in ihrem Vertrauen geschützt, daß ein reich gefüllter Laden seine Schulden eher erfüllen wird als ein kleines Geschäft. In diesem Umstand kann man dann einen Vertrauenstatbestand erkennen. Diesem Gedanken folgend kann es dann auch in § 16 nicht darauf ankommen, daß der Sklave dieselbe Tätigkeit auch noch an einem anderen Ort ausübt. Denn die Gläubiger nehmen das äußere Erscheinungsbild ihres Ladens als Anhaltspunkt für dessen Solvenz.

Der Befund dieser zwei Texte zeigt eines deutlich: die Kriterien der Vertrauenshaftung, wie wir sie heute kennen, lassen sich sehr leicht wieder erkennen, und haben daher hier ihre Wurzeln. Der Vertrauenstatbestand liegt in der *praepositio* und in dem Erscheinungsbild eines gesunden Unternehmens. Ein Dritter, der auf diese Umstände gutgläubig vertraut, schließt daraufhin Verträge ab und trifft Vermögensdispositionen; der Vertrauenstatbestand wurde durch die Einsetzung des *institor* und die Ausgestaltung des Ladens zumindest veranlaßt.

Die aufgeworfene Arbeitshypothese hat sich durch die Prüfung der Texte bestätigt: im Rahmen der *praepositio* konnten Konstellationen gefunden werden, in denen die Voraussetzungen der Vertrauenshaftung genauso wie im geltenden Recht repräsentiert werden: ein „Vertrauenstatbestand" als vertrauenserweckender Zustand; Gutgläubigkeit des Vertrauenden und eine darauf beruhende „Vertrauensinvestition"; die Zurechenbarkeit des Vertrauenstatbestands zu dem Inanspruchgenommenen[32].

Abstract

The historical roots of the concept of protection of trust are found in the *ius gentium* which was primarily developed to govern the relations between Romans and foreigners or amongst foreigners themselves. The foundation of the *ius gentium* lies in *fides*, namely that fiduciary duty which was characterised as *fundamentum iustitiae* by Cicero and which was commented upon by Ulpian with the words "*grave est fidem fallere*". In fact, if no inherent legal structures exist, one may only find common ground by referring to mutual trust, as it is on this basis that judicial relations can be established. Furthermore, *fides* has become the benchmark for contractual obligations in the form of *bona fides,* which has been given content through a discourse between jurists for centuries. Hence, *bona fides* constitutes the protection of trust. Entering into a contract based on *bona fides* determines accountability. This study examines the development of the concept of protection of trust through the contributions of the Roman jurists.

31 D. 14.4.5.13, Ulp. 28 *ad ed.*

32 Ähnliche Ergebnisse lassen sich auch auf dem Gebiet des Seehandels ausmachen, s. dazu T.J. Chiusi, Zum Zusammenspiel von Haftung und Organisation im römischen Handelsverkehr, in: SZ 124 (2007) 94.

UNMÖGLICHKEIT DER AUFLÖSEND BEFRISTETEN *TRADITIO*? *FRAGMENTA VATICANA* 283 UND *SCHOLION* 1 *AD BASILICA* 16.1.4 REVISITED

Jeroen M.J. Chorus* **

Bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts war es herrschende Meinung, dass im klassischen römischen Recht eine „absolute" Rechtsstellung wie Eigentum nicht auf eine von vornherein begrenzte Zeit übertragen werden könne, es sei denn, dass Ausnahmen zugelassen waren.[1] Übereignungen unter auflösender Frist, mit Endtermin, seien völlig ausgeschlossen. Zwar könne man bei der Übertragung verabreden, dass der Erwerber sich verpflichtet, das Eigentum nach Ablauf einer Frist dem Veräußerer zurück zu übertragen, aber es sei unmöglich, es nur für eine bestimmte Zeit zu übertragen mit der Folge, dass es nach Ablauf der Frist automatisch, ohne Rück-Übertragung, wieder dem Veräußerer gehört.

Zum Beweise dieses Dogmas der Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung unter einer auflösenden Frist oder gar jenes der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit beruft man sich auf nur zwei Quellen. Die eine ist *Fragmenta Vaticana* 283, ein aus dem Jahre 286 stammendes Reskript. Die andere ist ein *Scholion*[2] zu *Basilica* 16.1.4. Justinian hat die dinglich wirkende auflösende Frist für den Fall der Sachschenkung[3] zugelassen in

1 Statt aller Kaser, Das Römische Privatrecht (im f.: Kaser) I, 1971[2], 257f. So noch Zwalve [und] Sirks, *Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, 2012 (im f.: Zwalve 2012), 123-124, die deutsche Fassung eines Lehrbuches aus der Feder meines Freundes Willem Zwalve: *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese privaatrecht*, 2006[3] (im f.: Zwalve 2006b).

2 Scheltema B III 924.

3 Auch beim Legat und beim Fideikommiss, wo aber bekanntlich im justinianischen Recht seit *C* 6.43.1 keine Eigentumsübertragung mehr notwendig ist.

* Senatspräsident i. R., Oberlandesgericht Amsterdam; ehem. o. Professor, Universität Leiden.

** Sehr zu danken habe ich den Freunden Prof. Dr. B. Kupisch und Prof. Dr. C. Krampe für die Korrektur zahlreicher sprachlichen Fehler.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 163-174

C 8.54.2, einer interpolierten Version des Fragmentes; diese Version ist wohl erstmals im ersten *Codex*, 529, veröffentlicht worden[4]. Auch aus dieser Zulassung folgert man, dass vorher die Eigentumsübertragung auf Zeit grundsätzlich unmöglich war.

Man beachte, dass es sich hier stets handelt um die Frage der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit oder der Eigentumsübertragung unter „auflösender Befristung" (*dies certus an*), nicht um die des bedingten Eigentums oder der Übertragung unter ,,auflösender Bedingung" (*dies incertus an*). Zwar kann es sich auch bei einer Bedingung im nachhinein herausstellen, dass das Eigentum nur auf Zeit übertragen wurde; doch anfänglich ist dann ungewiss, ob dies der Fall sein wird. Dagegen ist bei der auflösenden Frist die beschränkte Dauer von vornherein gewiss. In den klassischen Quellen begegnen wir bei der Eigentumsübertragung ausnahmsweise einer dinglich wirkenden auflösenden Bedingung (so die *lex commissoria* beim Kauf), aber niemals einer dinglich wirkenden auflösenden Frist. Hier folgte die Befristung also nicht ohne weiteres denselben Regeln wie die Bedingung. Darum lasse ich die auflösende Bedingung hier außer Betracht.

In diesem Beitrag zur Festschrift für meinen Freund Laurens Winkel will ich nicht erörtern, ob es im klassischen römischen Recht wirklich ein Dogma der Unmöglichkeit der Eigentumsübertragung unter auflösender Frist oder der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit gegeben hat. Der mir hier zustehende Raum wird kaum reichen zur Prüfung, ob man sich zum Beweis beider Dogmen auf das Fragment und/oder auf das *Scholion* berufen darf. Fragment 283 dürfte wohl eine *lex desperanda* genannt werden. Seine Auslegung ist seit der Entdeckung der *Fragmenta Vaticana* (1821, erste Ausgabe 1823) fast immer sehr umstritten gewesen. Neuerdings hat Zwalve[5] sich ausführlich mit dem Fragment und dem *Scholion* befasst. Die von ihm vorgeschlagene Auslegung möchte ich untersuchen.

Übersetzung

Fragment 283 ist ein Reskript, das offenbar auf des Schenkers *supplicatio* ohne Verhandlung der Sache als Gutachten der Kaiser erteilt ist.

> *Vat 283. Idem [Aurelio Carrenoni] <AA et CC Zenoni>*[6]*:* Si <praediorum> stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius [qui] <quae>[7] accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te<mpus>[8] proprietas transferri nequiverit. si vero usum

4 Zwalve, *Simplex et perpetuum*, 2006 (im f.: Zwalve 2006a), 34f. Diese in niederländischer Sprache abgefasste Schrift dürfte dem internationalen Romanisten nicht leicht zugänglich sein.

5 Zwalve 2006a, 2-40, 75, 297-304.

6 *Aurelio Carrenoni* ist wohl eine Verstümmelung von *AA et CC Zenoni*: Appleton, *Histoire de la propriété prétorienne*, 2, 1889, 179[31].

7 Wegen *eam contra quam* im zweiten Satz; bereits vorgeschlagen von Rudorff, *Das Recht der Vormundschaft*, 1, 1832, 294.

8 Schon 1832 (Rudorff, 294) wurde die Lesart *ad tempus* vorgeschlagen, statt *ad te*, das zweifelsohne im einzigen erhaltenen Manuskript der *Fragmenta Vaticana* steht. Mit den meisten Autoren soll *ad tempus* als richtig angenommen werden. Plausibel ist, dass dem Manuskriptschreiber oder seiner Vorlage (auch) hier ein Fehler unterlaufen ist (Mitteis RPr I, 1908, 192[88]). *C* 8.54.2 zeigt, dass die Kompilatoren in ihrer Vorlage *ad tempus* gelesen haben müssen. Von *ad te* ging zuerst Appleton1889, 178-186, aus, dem Erman, ZSS (Rom.) 11 (1890) 223[2], und von Mayr, ZSS (Rom.) 26 (1905) 96[5], folgten, aber Appleton, RH 4.10 (1931) 322-324, kehrte ohne jede Begründung zu *ad tempus* wieder. *Ad te* wurde wieder von Peters, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts*, 1973, 175-176,

> fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a proprietate alienare non potuisti. *Proposita V Id. Mart. Maximo et Aquilino conss.*

Ich möchte dies folgendermaßen übersetzen:

> *Dieselben Kaiser [= Diocletian und Maximian] und Cäsaren an Zeno:* Wenn du das Eigentum an grundsteuerpflichtigen Grundstücken als Geschenk gegeben hast, in der Art, dass [das Eigentum] nach dem Tode derjenigen, die es empfangen hat, zu dir zurückkehren solle, ist die Schenkung unwirksam, weil das Eigentum nicht auf Zeit hat übertragen werden können. Aber wenn du [der Frau], gegen welche du [die Kaiser] bittest, einen Nießbrauch bestellt[9] hast, hast du nicht den Nießbrauch losgelöst vom Eigentum veräußern können. *Veröffentlicht am 11. März 286*.

Oft ist *nequiverit* als „kann" gelesen worden[10], aber dann vernachlässigt man das Perfekt und übersetzt dogmatischer als geboten. Der Text sagt nur, dass das Eigentum in diesem Fall nicht auf Zeit hat übertragen werden können, nicht dass es grundsätzlich nicht auf Zeit übertragen werden kann. *Ad tempus* bezieht sich auf den Tod des Beschenkten, und die Frist ist also eine unbestimmte (*dies incertus quando*)[11]. Im zweiten Satz ist *usum fructum a proprietate alienare non potuisti* kryptisch[12], wenn auch *usum fructum alienare* ein üblicher Ausdruck ist für „einen Nießbrauch bestellen".

> Justinian hat nur den ersten Satz, stark interpoliert, in seinen *Codex* aufgenommen.
>
> *Codex 8.54.2. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Zenoni*: Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda. *PP. V id. Mart. Maximo II et Aquilino conss.*
>
> *Die erhabenen Kaiser Diokletian und Maximian an Zeno:* Wenn du das Eigentum an Grundstücken als Geschenk gegeben hast, in der Art, dass [das Eigentum] nach dem Tode

vorgezogen, dem Kaser II 1975, 97[21] und 270[71], folgte. Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht*, 2003[17], 142, kehrten aber zu *ad tempus* zurück. Zwalve 2006a, der 2-36 von *ad tempus* ausgeht, bekennt sich 37 kurz zu *ad te*, ohne seine davor gegebene Auslegung des Fragmentes aufzugeben und auch ohne zu erklären, wieso das Eigentum dann *ad te transferri nequiverit*. Der Grund, den Zwalve dort zugunsten der Lesart *ad te* nennt, heißt in Fußnote 152 wieder „unzulänglich". Da Zwalve 2012, 124 samt Fußnote 76, bei *ad tempus* beharrt (so bereits Zwalve 2006b, 100-101, welchem Lehrbuch die darin auch zitierte Schrift *Simplex et perpetuum*, Zwalve 2006a, nur einige Monate voranging), werden wir die „volte face" in Zwalve 2006a, 37 weiter nicht besprechen. Von *a te* ging Buchholtz, *Iuris civilis anteiustiniani Vaticana Fragmenta*, 1828, 242, aus, aber *a te* kann sicher nicht in Frage kommen.

9 *Usumfructum conferre* wird verstanden als „einen Nießbrauch bestellen". Möglich wäre auch „das Übertragen der faktischen Ausübung eines bereits bestellten Nießbrauches", aber das wäre hier eine unnötige Komplikation, welche die Auslegung nicht beeinflusst.

10 So auch Zwalve 2006a, 2; Zwalve 2012, 123f.

11 Ungenau Zwalve 2006a, 2 „voor een bepaalde tijd" und Zwalve 2012, 123 f. „auf eine bestimmte Zeit".

12 Zwalve 2006a, 29 übersetzt als „heb[t] u zonder eigendom geen recht van vruchtgebruik kunnen vestigen", auf Deutsch etwa: „hast du ohne Eigentum nicht den Nießbrauch bestellen können". „Ohne Eigentum" ist keine wörtliche Übersetzung von *a proprietate*; ob es einen besseren Sinn gibt als „losgelöst vom Eigentum", ist Sache der Auslegung.

> desjenigen, der es empfangen hat, zu dir zurückkehren solle, ist die Schenkung wirksam, indem sie auch für eine gewisse oder ungewisse Zeit vorgenommen werden kann, selbstverständlich unter Berücksichtigung der ihr beigelegten Bestimmung. *Veröffentlicht am 11. März 286*.

Diese Codexfassung sagt großenteils das Gegenteil des ursprünglichen Reskripts aus. Die Schenkung auf Zeit ist nicht mehr unwirksam (*inrita*), sondern wirksam (*valet*), und zwar weil eine Schenkung *etiam ad tempus certum vel incertum fieri potest*. Im Fragment war es das Eigentum, das *ad tempus transferri nequiverit*. Jetzt ist es die Schenkung, die *ad tempus fieri potest*, was allenfalls notwendig einschließt, dass Eigentum schenkweise auf Zeit übertragen werden kann.

Sodann das *Scholion*. Es ist wohl dem zwischen 536 und 542 zu datierenden[13] Digestenkommentar des Antecessors Stephanos entnommen. Vorausgeschickt sei noch, dass *Bas* 16.1.4[14] eine Kurzfassung von *D* 7.1.4 ist, wo der Jurist Paulus schreibt, der Nießbrauch sei in vielen Fällen Teil des Eigentums. Stephanos kommentiert diese Äußerung folgendermaßen:

> *Scholion 1 ad Bas 16.1.4:* Ἐπι πολλῶν <θεμάτων> ὁ οὐσούφρουκτος μέρος δεσποτείας γνωρίζεται· (...) Εἴρηται δέ μοι ἐπὶ πολλῶν, καὶ οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων δεσποτείαν μιμεῖσθαι οὐσούφρουκτον, ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία, οὐσούφρουκτος δὲ καὶ <οὗσος> ἐπὶ φανεροῦ συνίσταται χρόνου, ὡς ὁ Ἀφρικανὸς ἐν τῷ λζ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. φησίν. Καὶ ὁ μὲν οὐσούφρουκτος τελευτῶντος τοῦ οὐσουφρουκτουαρίου σβέννυσθαι πέφυκεν, οὐκέτι δὲ ἡ προπριεταρία. (...) Εἰκότως οὖν ὁ Παῦλος οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων, ἀλλ' ἐπὶ πολλῶν μέρος εἶναι δεσποτεία εἶπε τὸν οὐσούφρουκτον ἤτοι μιμεῖσθαι δεσποτείαν.

Dies lässt sich etwa folgendermaßen übersetzen:

> In vielen Fällen sei der Nießbrauch Teil des Eigentums, wird [uns von Paulus] zu erkennen gegeben; (...) Aber von mir ist gesagt, Nießbrauch sei in vielen und nicht in allen Fällen dem Eigentum ähnlich, weil Eigentum nicht auf Zeit in Kraft sein kann, aber Nießbrauch und Gebrauch für eine gewisse Zeit bestellt werden, wie Afrikan in [*D* 7.1.37] sagt. Auch hat der Nießbrauch die Eigenart zu erlöschen, wenn der Nießbraucher stirbt, aber das Eigentum nicht[, wenn der Eigentümer stirbt]. (...) Mit Recht also sagt Paulus, nicht in allen Fällen, aber in vielen sei der Nießbrauch Teil des Eigentums oder dem Eigentum ähnlich.

Mehrmals ist ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία fälschlich übersetzt worden als „[weil] Eigentum nicht auf Zeit übertragen werden kann“[15]. Aber οὐκ ἔρρωται bezeichnet „kann nicht in Kraft sein“ oder „kann nicht bestehen“ und bezieht

13 Zur Datierung neuerdings De Jong, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, [Diss. Groningen], 2008, 4ff.

14 Scheltema A II 799: Παῦλος. Ἐν πολλοῖς θέμάσι μέρος ἐστὶν ἡ χρῆσις τῶν καρπῶν τῆς δεσποτείας, etwa zu übersetzen als: „Paulus. In vielen Fällen ist der Nießbrauch Teil des Eigentums“.

15 So auch Zwalve 2012, 124[76] und Zwalve 2006a, 20. Diesem Fehler begegnet man schon in den lateinischen Übersetzungen des Scholion von Heimbach, *Basilicorum libri LX*, 2, 1840, 180: *quia dominium ad tempus non recte constituitur*, und Zachariae von Lingenthal, *[Erstes] Supplementum editionis Basilicorum Heimbachianae*, 1846, 63: *quia dominium temporale non datur*.

sich auf das Eigentum[16], nicht auf die Eigentumsübertragung. Man sollte übersetzen: „weil Eigentum nicht auf Zeit in Kraft sein kann".

Die Abschnitte, die man vor allem zu zitieren pflegt, sind *cum ad tempus proprietas transferri nequiverit* aus dem Fragment und ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία aus dem Scholion. Anders als vor kurzem noch behauptet wurde[17], stimmen diese Abschnitte eben nicht wörtlich überein. Nach dem Fragment ist es die Eigentumsübertragung, die nicht auf Zeit hatte stattfinden können; nach dem *Scholion* ist es das Eigentum, das nicht auf Zeit in Kraft sein kann[18].

Ausklammerung einiger Fragen

Wir werden vieles[19] ausklammern müssen, wegen des beschränkten zur Verfügung stehenden Raumes.

Im Fragment handelt es sich um *praedia stipendiaria*, Grundstücke in den Senatsprovinzen. Das Privateigentum daran, das Gaius noch *possessio vel usufructus* nannte, nennt Diocletian auch sonst[20] *proprietas.* Es wird mittels einer *traditio ex iusta causa* übertragen, und diese Grundstücke könnte man damit zu den *res nec mancipi* rechnen. Der Nießbrauch an einem solchen Grundstück wird mittels *pactio et stipulatio* bestellt. Von *mancipatio* oder *in iure cessio* kann in Bezug auf Provinzialgrundstücke nicht die Rede sein und darum auch nicht von einer Nießbrauchbestellung durch Vorbehalt bei der Veräußerung.

Es handelt sich um Sachschenkungen, und zwar im ersten Satz (mindestens) um eine schenkweise vorgenommene Eigentumsübertragung und im zweiten Satz um eine wohl schenkweise vorgenommene Nießbrauchbestellung. Im klassischen römischen Recht, auch noch zur Zeit Diocletians, ist die Schenkung kein selbständiges Rechtsgeschäft. Eine Schenkung des Eigentums an Provinzialgrundstücken ist eine *traditio* der Grundstücke, eine Schenkung des Nießbrauches ist *pactio et stipulatio* bezüglich der Grundstücke, in beiden Fällen *ex causa donationis*.

16 Richtig Bonfante, *Corso di diritto romano*, 2.2, 1926, 281 (Reprint 378) „non ha vigore la proprietà temporale".

17 Zwalve 2012, 123f. samt Fußnote 76. Dort wird aus dem Fragment *cum ad tempus proprietas transferri nequiverit* übersetzt als „[weil] Eigentum nicht auf eine bestimmte Zeit übertragen werden kann", und aus dem *Scholion* ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία als „[weil] Eigentum nicht unter auflösender Frist übertragen werden kann". Nach Zwalve enthält das *Scholion* eine mit dem Abschnitt des Fragmentes „wörtlich übereinstimmende[.] Lehre".

18 Die Aussage des Stephanos, Eigentum könne nicht auf Zeit in Kraft sein, war 536-542 nicht mehr ganz richtig (so Zwalve 2006a, 20); 529, spätestens 534, war ja mit *C* 8.54.2 bestimmt worden, dass Eigentum wohl auf Zeit geschenkt, und 532 mit *C* 6.37.26, dass Eigentum auch durch Legat oder Fideikommiss auf Zeit vermacht werden kann. Aber aus dieser Aussage darf man folgern, dass sie für das frühere Recht zutraf.

19 Siehe dafür: Amelotti, *La „donatio mortis causa" in diritto romano*, 1953, 97-102; Bretone, *La nozione romana di usufrutto, I. Dalle origini a Diocleziano*, 1962, 220-236; Voci, *Diritto ereditario romano* 1, 1967², 204-208; Peters 1973, 166-185; Talamanca, IVRA 24 (1973) 368-375, und das von diesen Autoren genannte Schrifttum nebst Quellen.

20 *Vat* 315, 316.

Die der Schenkung im ersten Satz beigefügte Klausel *ita ut post mortem eius qui accepit ad te rediret* kann keine Bedingung (*dies incertus an*) sein, sondern nur eine Frist (*dies certus an*). Dass die beschenkte Person irgendwann sterben wird, ist ja gewiss. Die Schenkung ist nicht aufschiebend oder auflösend bedingt abgeschlossen; die Parteien beabsichtigten eine unter Endtermin gemachte, auflösend befristete, Schenkung. Die Klausel wird dahin verstanden, dass die Parteien damit dingliche Wirkung haben verbinden wollen, aufgrund deren also, sofort beim Tode der beschenkten Person, das Eigentum *ex nunc* zum Schenker zurückkehren solle, und zwar *ipso iure*, ohne dass eine *retro-traditio* notwendig wäre. Die Parteien beabsichtigten, dass die Schenkung bis zum Tode der beschenkten Person fortdauern würde, und haben sie nicht, auch nicht stillschweigend, davon abhängig gemacht, dass diese Person den Schenker überlebt. Wir haben also nicht eine *donatio mortis causa* vor uns, sondern eine echte Schenkung.

Die neuerdings vorgeschlagene Auslegung von Fragment 283

Die von Zwalve vorgeschlagene Auslegung lässt sich folgendermaßen zusammenfassen. Im ersten Satz werde entschieden, dass die Schenkung *inrita* ist aus dem Grund, dass Eigentum nicht mit Wirkung bis zu einem Zeitpunkt übertragen werden kann[21]. Zwalves Ausgangspunkt ist seine Behauptung, dass diese Entscheidung nicht auf jenem Grund beruhen könne. Die Schenkung auf Zeit sei im klassischen römischen Recht nichts Ungewöhnliches gewesen. Eine schenkweise auf Zeit vorgenommene Eigentumsübertragung führe sachenrechtlich zwar nicht zu befristetem, aber doch zu unbefristetem Eigentumsübergang. Dem Schenker stehe dann nur noch eine aufschiebend befristete *condictio* zu. Die befristete Schenkung sei eine *iusta causa* für einen unbefristeten Eigentumsübergang mittels *traditio*. Die Schenkung sei keineswegs *inrita*. Wenn trotzdem von einer *donatio inrita* die Rede ist, so handele es sich hierbei um eine andere Schenkung als das anfänglich genannte *dono dedisti*. Dieser ersten auflösend befristeten Schenkung an einen ungenannten Primus sei vor Ablauf der Frist noch eine zweite Schenkung gefolgt, wiederum von Zeno vorgenommen, aber jetzt an eine Frau, Secunda. Jener zweiten Schenkung sei die gleiche Frist des Todes des Primus beigefügt, aber jetzt aufschiebend. Die kaiserliche Kanzlei habe der Bittschrift nicht entnehmen können, ob mit dieser zweiten *donatio* beabsichtigt war, Eigentum oder einen Nießbrauch zu schenken, und entscheide darum für beide Fälle.

Ein weiterer Ausgangspunkt Zwalves ist seine Behauptung, dass der Text nur im Zusammenhang mit der *lex Cincia* verstanden werden könne, weil ja auch viele vor und nach Fragment 283 aufgenommene Fragmente sich auf diese *lex* beziehen.

Zwalve nimmt dann an, die Schenkung (*dono dedisti*) von Zeno an Primus sei wirksam und mache Primus zum Eigentümer. Die *lex Cincia* könne diese Schenkung nicht entkräften, weil sie *perfecta* sei. Aber zur Zeit der zweiten Schenkung, von Zeno an Secunda, sei Zeno kein Eigentümer mehr gewesen. Deshalb entgehe jene zweite Schenkung nicht der Sanktion der *lex Cincia*; sie sei nicht *perfecta*, nämlich mangels Veräußerungsmacht des Zeno. Erst jene zweite Schenkung sei darum die im Text genannte *donatio inrita*. Das Reskript halte die zweite Schenkung für unwirksam, weil unter der

21 „Kann“, *recte* „hat können“, wie oben schon bemerkt wurde.

ersten Schenkung das Eigentum nicht nur auf Zeit an Primus hatte übertragen werden können. Das gleiche treffe zu für den Fall, dass ein Nießbrauch geschenkt war, und darum sei im zweiten Satz gesagt, dass Zeno *a proprietate*, nach Zwalve „ohne Eigentum" (und darum ohne Veräußerungsmacht), auch keinen Nießbrauch hatte bestellen können.

Die tatsächliche Lage zum Zeitpunkt der *supplicatio* ist nach Zwalve[22] diese gewesen: Die Grundstücke befanden sich in den Händen von Secunda, da die Bittschrift sich ja gegen sie richtete. Nach Ablauf der Frist, also nach dem Tode des Primus, hatte dessen Rechtsnachfolger jene Grundstücke aus eigener Initiative, ohne Auftrag seitens Zeno, der Secunda übergegeben, weil das Eigentum oder der Nießbrauch ihr jetzt aufgrund jener zweiten Schenkung zustehen würde. Das hatte trotzdem keineswegs die *perfectio* jener zweiten Schenkung bewirkt, weil jene Übergabe nicht die erforderliche *perseverantia* des Freigebigkeitswillens des Schenkers zum Ausdruck bringen konnte[23]. Sowohl im Fall einer Eigentumsschenkung wie in dem einer Nießbrauchschenkung stand Zeno deshalb im Prozess gegen die Frau die Hilfe der *lex Cincia* zu, weil er als Nichteigentümer, ohne Veräußerungsmacht, geschenkt hatte.

Kritik dieser Auslegung

Der neue Deutungsversuch sprengt bereits den Wortlaut des Textes. Die Kaiserkanzlei *a libellis* mag eine Vorliebe für eine gedrängte Ausdrucksweise gehabt haben, aber man sollte ihr kaum zumuten, dass sie so kryptisch von zwei unterschiedlichen Schenkungen gesprochen und gar nichts vom Betroffensein der zweiten Schenkung durch die *lex Cincia* gesagt hat.

Die Deutung stößt vor allem auf inhaltliches Bedenken. Die Behauptung, dass eine schenkweise auf Zeit vorgenommene Eigentumsübertragung im klassischen römischen Recht durchaus zu einem unbefristeten Eigentumsübergang führe, ist unbewiesen. Bereits 1926 hatte Petit, wie Zwalve jetzt, zwei verschiedene Schenkungen angenommen, eine erste an Primus, auf die eine zweite an eine Frau folgte[24]. Und ebenso wie Zwalve nahm Petit seinen Ausgangspunkt von der Behauptung, dass die klassischen Juristen eine *ad tempus* vorgenommene Eigentumsübertragung wirksam als unbefristete Eigentumsübertragung mit Verpflichtung zur Rückerstattung betrachteten. Amelotti hat schon 1953 den Einwand erhoben, dass es dieser Idee an jeder Grundlage in den Quellen mangelt[25]. Der Einwand muss auch gegen den Zwalve'schen Ausgangspunkt erhoben werden.

Richtig ist, dass Schenkungen einhergehen konnten mit der aufschiebend bedingten Verabredung, dass das Eigentum zum Schenker zurückkehren sollte[26], z.B. im Fall, dass der Schenker den Beschenkten überleben würde, durchaus mit der Wirkung, dass das

22 Wenn ich ihn richtig verstehe; Zwalve 2006a, 31-34, ist leider nicht widerspruchsfrei.

23 Der Sachverhalt habe, so Zwalve 2006a, 32-33, mit dem eines Reskripts vom Jahre 290, doppelt überliefert als *Fragmenta Vaticana* 286 und *C* 8.54.3, gemein, dass eine zuerst beschenkte Person sich in einer der ersten Schenkung beigefügten Klausel dem Schenker verpflichtet, das geschenkte Gut nach Ablauf einer Frist nicht dem Schenker sondern einer zweiten beschenkten Person zu restituieren.

24 Petit, *Mélanges Cornil* 2, 1926, 214ff.

25 Amelotti, 102.

26 Iul. *D* 39.5.1 pr.

Eigentum sofort und unbedingt überging und dem Schenker beim Bedingungseintritt nur eine *actio in personam* zustand[27]. Nicht aber gab es Schenkungen mit derartigen aufschiebend befristeten Verabredungen, also für einen gewissen Fall, wie der Tod der beschenkten Person. Zwalve nennt keine klassische Quelle, worin eine schenkweise auf Zeit vorgenommene *traditio* zu einem unbefristeten Eigentumsübergang führt. Das ist kein Wunder, denn die Schenkung mit Endtermin konnte kaum eine *iusta causa* für eine unbefristete Eigentumsübertragung mittels *traditio* sein. Das macht auch Justinian klar, wenn er in *C* 6.37.26.1 (532) berichtet, es sei bereits gesetzlich angeordnet worden, dass Schenkungen auf Zeit gemacht werden können[28]: damit ist gesagt, dass, bevor es so angeordnet wurde, die Schenkung mit Endtermin unmöglich war. Die gemeinte Anordnung findet sich in *C* 8.54.2, der interpolierten Fassung des Fragments. Die im Fragment anfänglich genannte Schenkung (*dono dedisti*) war also *inrita*, weil sie auflösend befristet war, und die *traditio* konnte darum, mangels *iusta causa*, nicht zum Eigentumsübergang führen. Bei der *donatio inrita* braucht es sich folglich nicht um eine andere Schenkung als die mit *dono dedisti* gemeinte zu handeln.

Mit der *lex Cincia* hat Fragment 283 wohl keinen Zusammenhang. Dass viele vor und nach dem Fragment 283 aufgenommene Fragmente sich auf diese *lex* beziehen, ist kein zwingendes Argument. Auch die siebzehn Fragmente[29], die unmittelbar vor, und die neun[30], die unmittelbar nach Fragment 283 aufgenommen sind, berühren die *lex Cincia* keineswegs. Außerdem fehlt im Reskript jedes Indiz dafür, dass die *donatio* der *lex Cincia* zufolge *inrita* war, oder sogar dafür, dass die beschenkte Frau *persona non excepta* war.

Schließlich trifft Zwalve ein ähnlicher Vorwurf, wie er ihn gegen Petit erhebt[31]: Er legt nicht adäquat dar, wie Zeno nach der vollzogenen ersten Schenkung tatsächlich in der Lage sein konnte, abermals, an eine zweite Person, schenkweise das Eigentum zu tradieren oder den Nießbrauch zu bestellen. Die Grundstücke befanden sich ja im Besitz des Primus; wie konnte dann Zeno das Eigentum oder den Nießbrauch jener Grundstücke einer anderen Person schenkweise tradieren beziehungsweise bestellen?[32]

Eine geläufigere Auslegung von Fragment 283

Unter den zahlreichen Auslegungen des Fragmentes, die seit 1821 vertreten worden sind, ist meines Erachtens noch immer, im wesentlichen, die von Bretone 1962[33]

27 Ulp. *D* 39.6.29 hält bei der *donatio mortis causa* sogar eine *actio in rem* für vertretbar.

28 *C* 6.37.26.1: *Cum enim iam constitutum est fieri posse temporales donationes ...*

29 *Vat* 266a-282.

30 *Vat* 284-292.

31 Zwalve 2006a, 32[137].

32 Im Fragment 286 ist die Antwort nicht zu finden. Die angebliche zweite Schenkung sollte ja mit jener der ersten Schenkung beigefügten Klausel zustande gekommen sein, und in jener Klausel könnte eben nicht eine (aufschiebend befristete) Eigentumsübertragung oder Nießbrauchbestellung *ex causa donationis* eingeschlossen sein, sondern höchstens ein (aufschiebend befristetes) Schenkungsversprechen, das als wirksamer Vertrag zugunsten eines „Dritten", nämlich der zweiten beschenkten Person, betrachtet werden könnte.

33 Bretone, 220-236.

gegebene vorzuziehen. Wichtig ist, dass Bretone, anders als viele andere Autoren, den dunklen zweiten Satz tiefgehend in seine Darstellung einbezieht. Bretone folgt dem Verständnis dieses Satzes, wie es vor ihm nur von Huschke (1861)[34] und Pflüger (1892)[35] vorgeschlagen worden war.

Die kaiserliche Kanzlei erteilte ein Gutachten sowohl für den Fall einer Eigentumsschenkung wie für den einer Nießbrauchschenkung. Zeno dürfte angeführt haben, er habe der Frau die Grundstücke als Geschenk gegeben mit der Klausel, dass diese nach dem Tode der Frau zu ihm zurückkehren würden. Bekanntlich wurde die Kanzlei am Ende des dritten Jahrhunderts oft mit Laienvorstellungen über zeitlich begrenztes Eigentum an Grundstücken konfrontiert, die sie dann zu bekämpfen versuchte.

Im ersten Satz des Fragmentes wird nun der Fall der Eigentumsschenkung behandelt. Diese sei unwirksam, weil das Eigentum an den Grundstücken nicht auf Zeit hatte übertragen werden können. Im zweiten Satz geht es um den Fall einer Nießbrauchschenkung. In kryptischer Weise lautet das Gutachten hier, Zeno habe den Nießbrauch nicht losgelöst vom Eigentum veräußern können. Weiter wird im Text nichts expliziert oder erklärt.

Wie lässt sich all das erklären? Zunächst zum ersten Satz.

Bretone sucht den Grund der Unwirksamkeit der Eigentumsschenkung auf Zeit in der Natur des römischen Eigentums, die mit sich bringe, dass Eigentum permanent sei und dass eine auflösende Frist mit ihm inkompatibel sei[36]. Auch der Antecessor Stephanos war, wie aus dem *Scholion* hervorgeht, der Ansicht, dass Eigentum nicht auf Zeit in Kraft sein konnte. Das römische Eigentum mag also eine auflösende Frist nicht oder nur ausnahmsweise vertragen haben. Aber das Fragment beruft sich nicht darauf. Hier möchte ich Bretone darum nicht folgen.

Der erste Satz dürfte nicht mehr aussagen, als dass derjenige, der solche Grundstücke, *res nec mancipi*, tradiert mit der Absicht, Eigentum nur auf Zeit zu schenken, damit sein Ziel verfehlt, nämlich in Wirklichkeit kein Eigentum überträgt und die Schenkung nicht zustande bringt. Mit der Erwägung, dass die beabsichtigte Eigentumsübertragung auf Zeit nicht möglich gewesen war, ist nicht gesagt, dass eine solche Übertragung grundsätzlich niemals möglich war. Die Aussage dürfte sich vielmehr auf den hier vorliegenden Fall beschränken. Die Übertragung war in diesem Fall nämlich deshalb unmöglich, weil ihr eine *iusta causa traditionis* fehlte. Eine Sachschenkung auf Zeit war nicht zugelassen; wurde sie trotzdem gemacht, dann fehlte der *traditio* die erforderliche *iusta causa*[37]. Nur eine Absicht, ohne Endtermin zu schenken, hätte *iusta causa traditionis* sein können; doch erhellt aus dem Sachverhalt, dass die Absicht eine andere war.

Dass die Sachschenkung auf Zeit keine gültige *donatio* war, dürfte auch vorausgesetzt sein in einigen Digestenstellen, in denen ausgesagt wird, dass eine echte und absolute

34 Huschke, *Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiae*, 1861, 682[4] (in der Edition Seckel-Kübler, 2.2, 1927[6], 302[4]), zu *potuisti* in *Vat* 283.

35 Pflüger, Archiv für die civ. Praxis 78 (1892) 406.

36 Bretone, 222, 224.

37 Bereits Senn, *Études sur le droit des obligations*, 1.1, 1914, 96, hat betont, dass die Schenkung wegen der Klausel *ut rediret* keine *vera et absoluta donatio* sei und darum keine *iusta causa traditionis* sein könne; eine solche Klausel sei nur zulässig bei der *donatio mortis causa*.

Schenkung, *vera et absoluta donatio*, anders als eine *donatio mortis causa*, nur vorliege, wenn jemand die Sache so gibt, dass er sie nicht zurückbekommen wird: *sic dat ne recipiat*; *dat ea mente ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti*; *ea mente daretur ut omnimodo penes accipientem maneret*[38].

Da die Eigentumsschenkung unwirksam ist, wird durch die *traditio* die beschenkte Frau zwar Besitzerin, bleibt aber Zeno Eigentümer. Offenbar war der Sachverhalt so, dass Zeno bei näherem Hinsehen die Schenkung hat widerrufen wollen, und das Reskript bietet ihm eine willkommene Unterstützung. Zeno kann als Eigentümer der Provinzialgrundstücke mit Erfolg die Besitzerin mit der *utilis rei vindicatio* verklagen. Die Frau kann diese *actio* nicht mit einer *exceptio* abwehren: namentlich nicht mit einer *exceptio* (*rei donatae, pacti, doli* oder *in factum*), wobei sie sich auf die Schenkung beruft, denn eine Schenkung ist eben nicht zustande gekommen.

Schon aus letzterem Umstand ergibt sich auch, dass im ersten Satz die *lex Cincia* keine Rolle spielen kann, abgesehen davon, dass Zeno ihre Hilfe nicht braucht. Wenn keine Schenkung zustande gekommen ist, kann die *lex Cincia* keine Anwendung finden[39]. Ob die Besitzerin *persona excepta* war oder *non excepta*, macht hier keinen Unterschied.

Nunmehr zum dunklen zweiten Satz. Offenbar ist die Nießbrauchschenkung nicht unwirksam; sonst wäre der zweite Satz überflüssig oder hätte im Text wenigstens auch für die Nießbrauchschenkung, wie für die *donatio* im ersten Satz, *inrita* gestanden. *Vero* wäre im übrigen auch fehl am Platze, wenn die Schenkung in beiden Sätzen als unwirksam angesehen wäre.

Jene Nießbrauchschenkung auf Zeit, bis zum Tode der Frau, ist wohl eine *iusta causa* für eine Nießbrauchbestellung; der Nießbrauch erlischt ja spätestens beim Tode des Nießbrauchers[40]. Im Falle des zweiten Satzes ist die Schenkung also zustande gekommen und die Nießbrauchbestellung wirksam. Doch der Nießbrauch muss erlöschen zugunsten desjenigen, der im Augenblick des Erlöschens Eigentümer ist. Zeno und die Frau haben nicht zu erreichen vermocht, dass der Nießbrauch auch dann zugunsten des Zeno erlöschen würde, wenn Zeno nicht mehr Eigentümer wäre. Das drückt der Text wohl aus mit *usum fructum a proprietate alienare non potuisti*: du, Zeno, hast nicht den Nießbrauch losgelöst vom Eigentum veräußern können, ihn aus dem Eigentum heraus loslösen können[41].

Wenn Zeno bei näherem Hinsehen die Schenkung widerrufen wollte, bietet ihm das Reskript in diesem Fall keine Unterstützung. Sowohl die *actio negatoria* als auch die

38 Ulp. *D* 43.26.1.2, Paul. *D* 39.6.35.2, Pap. *D* 39.6.42.1, Iul. *D* 39.5.1 pr., Iul. *D* 12.1.20; Archi, *La donazione*, 1960, 39ff. und 88; Biondi, *Scritti in onore di Contardo Ferrini ... beatificazione*, 1, 1947, 119, 125, 128.

39 Voci, 206, meint, dass Zeno die *replicatio legis Cinciae* braucht um die *exceptio pacti* der beschenkten Person zu entkräften; m.E. muss die *exceptio pacti* schon mangels eines wirksamen *pactum donationis* scheitern.

40 Soweit die Klausel *ut ad te rediret* beinhaltet, dass der Nießbrauch zu Zeno zurückkehre, auch falls er bei Eintritt der Frist nicht mehr Eigentümer ist, soll sie, teilweise, unwirksam sein, aber das ändert nichts an der Wirksamkeit der Nießbrauchbestellung. In der *cautio usufructuaria* verspricht der Nießbraucher ebenfalls, was nach Beendigung des Nießbrauchs noch vorhanden sein wird, dem Nießbrauchbesteller zu restituieren, ohne den Fall auszunehmen, dass jener bei Eintritt der Frist nicht mehr Eigentümer ist; das berührt die Wirksamkeit der Nießbrauchbestellung nicht.

41 Bretone, 234f.[102].

utilis rei vindicatio gegen die Frau soll scheitern, weil ihr der Nießbrauch gültig, *ex iusta causa*, bestellt worden ist.

Da die Nießbrauchschenkung zustande gekommen ist, könnte die *lex Cincia* ins Bild kommen. Wäre die Frau *non excepta*, so würde Zeno mit Hilfe der *lex* im Prozess der *utilis rei vindicatio* siegen. Offenbar aber spielt die *lex* keine Rolle; sonst hätte der Text sie genannt. Wie schon gesagt, im Reskript fehlt jedes Indiz dafür, dass die *donatio* der *lex Cincia* zufolge *inrita* war, oder sogar dafür, dass die beschenkte Frau *persona non excepta* war. Sie dürfte eher eine Verwandte bis zum fünften Grade, etwa eine Tante, des Zeno gewesen sein.

Die tatsächliche Lage zum Zeitpunkt der *supplicatio* dürfte diese gewesen sein: Da die Bittschrift sich gegen die Frau richtete, müssen die Grundstücke sich in ihren Händen befunden haben, entweder in Besitz (im Fall der Eigentumsschenkung) oder in Detention (im Fall der Nießbrauchschenkung). Falls Zeno Eigentum auf Zeit hatte schenken wollen, wird er den Prozess gegen die Frau gewinnen; falls er einen Nießbrauch geschenkt hat, wird er ihr unterliegen. Im letzteren Fall darf er sich aber trösten mit der Aussicht, dass der Nießbrauch beim Tode der Frau zu seinen Gunsten erlöschen wird, vorausgesetzt freilich, dass er dann noch immer Eigentümer sein wird. Nach dem Tode der Frau wird er nicht verlangen können, falls er dann kein Eigentümer mehr ist, dass ihr Rechtsnachfolger die Klausel zu seinen Gunsten einhalten wird.

Ergebnis

Im Ergebnis halten wir folgendes fest.

Die neuerdings vorgeschlagene Auslegung des Fragmentes ist unhaltbar. Sie beruht auf der Behauptung, dass eine schenkweise auf Zeit vorgenommene Eigentumsübertragung im klassischen römischen Recht durchaus zu einem unbefristeten Eigentumsübergang führe. Aber diese Behauptung ist unbewiesen, und ihr mangelt es an jeder Grundlage in den Quellen.

Statt dieser Behauptung soll man annehmen, dass die Schenkung mit Endtermin keine *iusta causa* für eine Eigentumsübertragung mittels *traditio* sein konnte. Das ist die Aussage des ersten Satzes des Fragmentes. Es gab nicht eine erste Schenkung an einen ungenannten Primus und eine zweite an die im Text gemeinte Frau. Es gab nur die Schenkung an die Frau. Aus dem Text darf nicht geschlossen werden, dass es ein Dogma gab, nachdem entweder die auflösend befristete Eigentumsübertragung oder Eigentum auf Zeit grundsätzlich unmöglich war. Die Erwägung *ad tempus proprietas transferri nequiverit* dürfte sich nur auf den Fall beziehen, dass die Parteien eine Sachschenkung mittels *traditio* auflösend befristet vollziehen wollten.

Das *Scholion* enthält ebenfalls nicht das angebliche Dogma der Unmöglichkeit der auflösend befristeten Eigentumsübertragung. Πρόσκαιρος οὐκ ἔρρωται δεσποτεία heißt, dass Eigentum nicht für eine Frist in Kraft sein kann, nicht, dass Eigentum nicht unter auflösender Frist übertragen werden kann. Eine Schlussfolgerung scheint mir allerdings unumgänglich zu sein: Stephanos kannte wohl ein Dogma der Unmöglichkeit eines Eigentums auf Zeit.

Abstract

Until recently it was generally taught that in classical Roman law ownership could not be transferred only for a definite time or under a resolutive condition, though exceptions were allowed. That a dogma (1) of the impossibility of transfer of ownership only for a given time, and (2) of the impossibility of temporary ownership formed part of Roman law, was thought to be evidenced by two texts: *Fragmenta Vaticana* 283, an imperial rescript dating from 286 AD, and a *Scholion* to *Basilica* 16.1.4, taken from the commentary on the Digest by the Antecessor Stephanos (536-542 AD). As a third source one could add the interpolated version of that rescript, *Codex* 8.54.2. The interpretation of Fragment 283 has been the topic of considerable controversy. Recently a new explanation was proposed, which, however, is shown to have no sound foundation. The argument occasions revisiting the two texts. It is submitted that dogma 1 cannot be deduced from either of them, but that dogma 2 was known by Stephanos.

RIFLESSIONI SUL PROBLEMA DELLA CONTINUITÀ DEL PENSIERO GIURIDICO ROMANO, TRA RISALENZA DI DISCIPLINE E MODERNITÀ DELLA LORO CONFIGURAZIONE TEORICA. IL CASO DEL PROCESSO ARCAICO *PER LEGIS ACTIONES*

Alessandro Corbino*

1. Una delle convinzioni più tenaci e diffuse della letteratura romanistica moderna è che la storia giuridica di Roma (come per altro quella politica ed istituzionale) sia stata segnata da una profonda discontinuità tra un tempo risalente (mai per altro esplicitamente definito[1]), caratterizzato da una "primitività" semplificante, ed uno più recente, più o meno variamente coincidente con quello del nascere e dell'affermarsi di una giurisprudenza laica, la quale avrebbe finalmente aperto la strada alla capacità di elaborare assetti delle relazioni giuridiche sempre più raffinati e complessi.

Non è mia intenzione aprire qui una discussione a tutto campo. Né riprendere quanto ho altre volte avuto già modo di rilevare circa la incompatibilità di un tale atteggiamento con i dati testuali (spesso, per altro, i soli disponibili), che mostrano come non siano né poche né marginali le materie nelle quali è possibile osservare la fragilità di convinzioni

1 Ma abbastanza concordemente fatto coincidere con quello che va dalle origini della città al III secolo a.C., tempo al quale si è ora infatti riferito M. Torelli, *La forza della tradizione. Etruria e Roma continuità e discontinuità agli albori della storia*, Milano 2011, p. 12, per sottolineare (da un diverso punto di osservazione, e tuttavia di rilevantissimo rilievo anche per la storia istituzionale e giuridica: v. infatti L. Capogrossi Colognesi, *Sulla tradizione di Roma arcaica, tra continuità e discontinuità*, in *Index* 41 [2013], 11 ss.) gli effetti di un atteggiamento storiografico molto in voga ancora a metà del Novecento (ma del quale, osservo, gli esiti continuano ad influenzare ancora le nostre ricerche, come dimostrano le cautele che anche gli studiosi meno condizionati continuano a manifestare quando si imbattono nei segni di una tradizione che lascia trasparire risalenze "sorprendenti" di assetti istituzionali e giuridici). Come non ha esitato a sottolineare l'illustre archeologo, l'atteggiamento in questione ha, con i suoi pregiudizi, "finito con il costruire una storia di Roma arcaica interamente di fantasia" (p. 11) e "col cancellare tutta la storia di Roma tramandata fino al III secolo a.C.".

* Dr. Dr. h.c., Professore, Università di Catania.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 175-185

"ribassiste"[2] diffuse, prive di consistente fondamento, ma ricche di un'autorevolezza di consensi, che ne scoraggia la stessa messa in discussione[3].

Lo scopo delle mie considerazioni è più modesto. Desidero richiamare l'attenzione su un dato, che appare ai miei occhi (per il fatto di riguardare un aspetto generale ed essenziale dell'ordinamento, come l'ordinamento arcaico delle azioni private) di speciale rilievo per mostrare come il pensiero giuridico romano antico, ancorché non ancora "sistemato" (secondo un ordine razionale già ricondotto anche ad un linguaggio di "categorie" e di "coerenze"), non per questo mancasse di una capacità, già *ab origine* raffinata, di corrispondere alle esigenze con risposte in grado di assecondare le sollecitazioni, determinando ricadute disciplinari tutt'altro che prive di coerenza con la complessità delle stesse.

2. La esistenza originaria di una struttura non uniforme (e tuttavia caratterizzata da aspetti comuni) del *modus agendi* che doveva essere osservato per portare al *iudicium* una controversia tra privati è un dato sicuro[4]. Ne conosciamo gli assetti grazie alle istituzioni gaiane, che ce ne hanno tramandato, com'è noto, una descrizione abbastanza puntuale, ancorché in parte andata purtroppo perduta per lo stato del manoscritto[5].

Si tratta di testi notissimi[6] e che perciò ometto di trascrivere.

Dai dati forniti, le evidenze utili per la nostra discussione non sono poche.

La prima di esse è costituita dal sicuro riferimento del giurista a quello che, per le sue conoscenze, era il quadro delle cose in origine. Egli distingue nettamente tra un assetto di sistema più antico ed uno più recente, quale maturato in conseguenza di innovazioni decemvirali (*agere per iudicis arbitrive postulationem*) o successive (*agere per condictionem*): nel primo il sistema prevedeva ancora solo *agere sacramento*, *agere per manus iniectionem* e *pignoris capio*.

Nel quadro di tale precisazione di fondo, il giurista inserisce poi una informazione di dettaglio abbastanza ricca sui diversi interventi specifici maturati nel tempo: applicabilità

2 Prendo a prestito un'ulteriore osservazione di Torelli (*La forza*, cit., p. 11).

3 Esemplifico (per restare, nell'ambito di temi di diritto privato direttamente affrontati): pretesa esistenza di un unitario potere paterno sui sottoposti e conseguente uniforme disciplina delle relazioni derivanti da filiazione, *conventio in manum* o acquisizione *in causa mancipii* di figli altrui (per non dire delle diverse ed ulteriori, pure osservabili, come quelle relative a *nexi* ed *addicti*); pretesa originaria configurazione della relazione di subordinazione tra fondi (quale espressa nella figura della "servitù" come a noi direttamente nota) in termini non di "*ius in re aliena*" ma di "proprietà"; pretesa inesistenza – fino al III/II secolo a.C. – di relazioni negoziali fondate sulla considerazione del consenso (e non invece di sole forme) e conseguente inattendibilità delle testimonianze in contrario non solo di storici come Livio o Dionigi, ma persino di giuristi come Gaio, al quale l'essere stato autore di un commento alle XII tavole non ha risparmiato la considerazione di inattendibile e distratto sempliciotto, incapace di comprendere la incompatibilità di informazioni da lui diffuse (come la esistenza già in età decemvirale di *emptio-venditio* e *locatio-conductio* consensuali: 4.28; o la già praticata possibilità di un'*actio mandati* al tempo di introduzione del plebiscito aquiliano: 3.216) con il quadro della "realtà storica" (quale appunto disegnato da ricostruzioni esclusivamente dottrinarie).

4 Per tutti: M. Marrone, Agere lege, formulae *e preclusione processuale*, in F. Milazzo (cur.) *Praesidia libertatis* [Atti Copanello 1992], Napoli 1994, 20.

5 La lacuna più grave è costituita dalle 21 righe andate quasi interamente perdute nella parte che gli editori moderni collocano tra i parr. 14 e 15 del quarto commentario.

6 Gai. 4.11-31.

nel minimo già fissato (50 assi) della *poena sacramenti*, stabilita dalle XII tavole per la *controversia de libertate*[7]; intervento della *lex Pinaria* sulla tempistica della *datio iudicis*[8]; originaria limitazione decemvirale della *iudicis postulatio* alle liti *ex sponsione* e *de hereditate dividenda* e successiva estensione di quel *modus procedendi* alla divisione anche di cose comuni[9] ad opera della *lex Lincinnia*[10]; ruolo di *lex Calpurnia* e *lex Silia* nella introduzione dell'*agere lege per condictionem*[11]; necessario fondamento legislativo (introdotto si direbbe dalle XII tavole[12]) dell'*agere lege per manus iniectionem*[13]; possibile fondamento invece sia legislativo che *moribus* della *pignoris capio* (con ricordo dei vari relativi casi)[14].

Nell'atteggiamento del giurista, non mancano ulteriori manifestazioni del suo scrupolo storico, come la preoccupazione di chiarire il senso di locuzioni tecniche utilizzate per descrivere il quadro rappresentato (come: "*causae coniectio*"[15]; "*vindicias dicere*"[16]; "*litis et vindiciarum*"[17]; "*condicere*"[18]) o quella di introdurre precisazioni (come il valore "aperto" di alcune formulazioni descritte: ammontare del *sacramentum* contenuto nella dichiarazione esemplificata[19]; dichiarazione alternativa di fondamento dell'azione nell'*agere per manus iniectionem*[20]) o, ancora, di sottolineare il collegamento della disciplina descritta con aspetti della cultura romana antica (uso cauteloso della *summa sacramenti* più alta anche per liti di ammontare che avrebbero giustificato la somma minore fissata[21]; senso della presenza della *festuca* nel rituale[22]). E si aggiunga ancora la sottolineata volontà di mantenersi fedele al quadro informativo cui attinge (e dal quale deriva la descrizione che ne fa ai suoi lettori) anche quando esso fornisca dati non spiegabili (o almeno non spiegabili ai suoi occhi): ragioni della introduzione del *modus agendi per condictionem*[23]; ragioni della formulazione della *legis actio* derivante dalla *lex Furia*[24]; ragioni più in generale di dubbio giurisprudenziale su aspetti complessivi di sistema (problema della discussa coerenza, tra i giuristi, tra criterio assunto per la

7 Gai. 4.14.
8 Gai. 4.15.
9 Gai. 4.17*a*.
10 Significativo (per il suo indiretto sottolineare la fedeltà del giurista alle sue fonti) il ricordo di essa nella denominazione antichizzante.
11 Gai. 4.20.
12 Questo mi pare il senso complessivo della frase di apertura di Gai. 4.21.
13 Gai. 4.21-25.
14 Gai. 4.26-28.
15 Gai. 4.15.
16 Gai. 4.16.
17 Gai. 4.16.
18 Gai. 4.18.
19 Gai. 4.16.
20 Gai. 4.21.
21 Gai. 4.15.
22 Gai. 4.16.
23 Gai. 4.20.
24 Gai. 4.24.

definizione di *"legis" actio* dei formulari utilizzati[25] e connotati fattuali della *pignoris capio*[26]).

3. Dire – a fronte di questa ricca messe di elementi – che la descrizione gaiana non corrisponda alla situazione storica rappresentata (o almeno a quella che erano in grado di rappresentarsene i giuristi del tempo) non è decisamente possibile. A meno di non immaginare (ma senza altra ragione che un preconcetto) di essere di fronte ad un atteggiamento consapevolmente falsificante.

Si può bene (anzi: si deve, proprio per l'atteggiamento narrativo del giurista) pensare che il quadro descritto da Gaio rifletta – se guardato nei suoi esiti di insieme – una complessità maturata nel tempo, più ricca dunque di quella originaria. Così come va tenuto in considerazione che esso può essere bene segnato, per contro, da semplificazioni operate da Gaio per alleggerire la propria esposizione (come suggeriscono le non poche informazioni che concorrono *aliunde* ad arricchirlo e precisarlo[27]). Ed è necessario anche aver chiaro che i formulari descritti sono quasi certamente (almeno[28] nel loro assetto linguistico[29]) il risultato di ammodernamenti. Ma non può in alcun modo ritenersi che gli assetti disciplinari del più antico processo romano avessero una logica di sistema diversa da quella esposta da Gaio.

Possiamo considerare insomma un dato storico sicuro che l'azione (come poi il fatto sarebbe stato sicuramente denominato) doveva introdursi[30], già in origine, nel luogo deputato[31], attraverso modalità formali caratterizzate da aspetti "comuni" ed aspetti invece "differenzianti".

I dati comuni erano costituiti dalla recita pubblica[32] di formulari verbali rigorosamente predisposti (anche se ne conosciamo solo l'ultima versione vigente[33]), accompagnata da gesti che ne sottolineano aspetti vari (di ordine anche simbolico[34], e perciò culturali), che culminavano nella constatazione che – a causa delle inconciliabili rispettive posizioni – diveniva necessario sciogliere la situazione controversa attraverso un "giudizio" (che appare in origine, nel ricordo che se ne è conservato, fortemente permeato di caratteristiche sacrali).

25 Su cui già Gai. 4.11.

26 Gai. 4.29.

27 A cominciare dalle note di Probo. Ma vedi anche le informazioni sul *manum conserere* che si ricavano da: Gell. 20.10.7-9 (v. anche: Cic. *pro Mur*. 12.26).

28 Potrebbero esserlo stati anche in aspetti sostanziali: sul punto G. Nicosia, *Il processo privato romano* I. *Le origini*, Catania 1980, 138 ss.

29 S. Boscherini, *La lingua della legge delle XII tavole*, in F. Milazzo (cur.), *Società e diritto nell'epoca decemvirale*, Napoli 1988, 45 ss.

30 Davanti all'autorità di governo preposta. Ma le cose non cambierebbero anche se si volesse seguire la prospettiva suggerita dal Nicosia (che infatti non dubita della circostanza) di un originario svolgimento *in iure* della lite in assenza del magistrato (cfr. *Il processo* I cit. 155 ss.).

31 XII tav. 1.6-7.

32 *Supra*, nt. precedente. E comunque davanti a *testes*: Fest. v. *contestari litem* (L. 50).

33 *Supra*, nt. 29.

34 Come il parlare "*festucam tenens*".

Su tale sfondo comune (in sé già comunque rappresentativo di un certo modo di concepire l'amministrazione della giustizia[35]), si innestavano differenze rilevanti, legate alla specifica funzione pratica dell'agire. Non solo si distingueva perciò tra *modus procedendi* da osservare quando si agisse per ottenere un giudizio (*agere sacramento*) e quando invece per farne valere le conseguenze (*agere per manus iniectionem*), ma (ed è questo il dato più significativo) si distingueva (e molto) anche in ragione del tipo di domanda che l'interessato avanzava: se essa era cioè rivolta ad ottenere il riconoscimento di un diretto rapporto tra soggetto e "cosa" (come nel caso in cui si affermasse il proprio *dominium* su una cosa materiale) ovvero ad affermare piuttosto l'esistenza di un dovere altrui di trasferirgliela o comunque di fargliene conseguire la disponibilità promessa.

4. Posto che siamo dunque di fronte ad un quadro di riferimento complessivamente attendibile, sia con riferimento alla struttura di sistema (rimasta inalterata e solo arricchita nel tempo in complessità, per la intervenuta introduzione di nuovi *modi procedendi*: *iudicis postulatio* e *condictio*), sia con riferimento alla disciplina che caratterizzava ciascun singolo *modus procedendi*, nel quale i pur non pochi ammodernamenti intervenuti si sono tuttavia sempre mantenuti all'interno di una logica per così dire "conservativa" (hanno avuto la funzione di "affinare" il sistema, non quello di stravolgerlo)[36], diviene possibile domandarsi quale fosse la *ratio* che ne ispirò il disegno e valutare, in particolare, in quale misura questo sia stato il frutto di una consapevole percezione delle distinte esigenze da affrontare e della conseguente necessità di rispondervi con una disciplina coerentemente differenziata.

5. La struttura duale del *modus procedendi* generale (*agere sacramento*) trova la propria ragione pratica nella percepita coscienza delle distinte aspirazioni materiali legate ad una pretesa (del tipo che si sarebbe poi detto) "*in rem*" rispetto a quelle legate ad una pretesa (del tipo che si sarebbe poi detto) "*in personam*".

Ripercorriamo rapidamente le cose.

Benché per le liti "*in personam*" la trattazione della nostra fonte principale (Gaio) sia in più punti lacunosa, un dato è certo (e per altro indubitato): essa si apriva attraverso uno scambio di battute introduttive che prevedevano l'affermazione (da parte di colui che promuoveva il giudizio) di un "*oportere*" che impegnava l'avversario verso di lui (ad esempio a "*dare*") e che si concludevano con una domanda (*aias an neges*), che onerava l'avversario di una risposta coerente (*aio/nego*)[37].

35 Un fatto umano, ma assistito dall'ausilio divino.

36 Ce ne dà conferma, del resto, lo stesso procedere espositivo di Gaio. Il giurista distingue nettamente – nell'organizzazione della sua descrizione – tra interventi riformatori che hanno avuto ricadute di sistema ed interventi che hanno avuto il più limitato significato di ammodernamenti della precedente disciplina (che non hanno inciso sulla configurazione del sistema). L'*agere per iudicis postulationem* (che ha introdotto la possibilità di attivare il giudizio anche senza *sacramentum*) ha modificato il quadro d'insieme, affiancando agli esistenti un nuovo distinto *modus* e viene dunque ricordato nell'ambito della premessa espositiva che descrive il sistema nel suo assetto maturo (4.12), mentre la determinazione, ad esempio, della misura del *sacramentum* nelle liti di libertà o la legge Pinaria sono interventi che hanno modificato nel tempo la disciplina di uno specifico *modus* e sono dunque ricordati nell'ambito della descrizione di questo (4.15).

37 La circostanza non solo trova per altro piena indiretta conferma nella struttura dialogica descritta da Gaio per le *legis actiones* che potevano introdursi secondo i più recenti schemi della *iudicis postulatio* e della *condictio*, ma una puntuale conferma testuale anche in Prob. 4.3 (che sembra prefigurare una *indefensio* del convenuto *in personam* e dunque un fatto in sé diverso dalla *confessio*: *infra*, nt. 58).

Prob. 4.1: *A.T.M.D.O. aio te mihi dare oportere.*

Prob. 4.2: *Q.N.T.S.Q.P. quando negas te sacramento quingenario provoco.*

Le cose andavano diversamente – è altrettanto sicuro – quando la lite era "*in rem*".

Le parti dovevano introdurla attraverso la recita di formulari ed il compimento di gesti, che – nel caso in cui la controversia riguardasse il *dominium*[38] *di una res* – erano descritti in dettaglio in Gai. 4.16[39]:

> Gai. 4. 16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum: qui uindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO secundum suam causam*[40]*; SICVT DIXI, ECCE TIBI, VINDICTAM INPOSVI, et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM, illi mittebant. qui prior uindicauerat, ita alterum interrogabat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS? ille respondebat: IVS FECI, SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, QVINGENTIS ASSIBVS SACRAMENTO TE PROVOCO; aduersarius quoque dicebat similiter: ET EGO TE; aut si res infra mille asses erat, quinquagenarium scilicet sacramentum nominabant. deinde eadem sequebantur, quae cum in personam ageretur.*

Il compimento di tali formalità (comprese quelle relative alla nomina del giudice, ma delle quali non abbiamo informazione ugualmente puntuale, fecendone Gaio rinvio a quanto aveva già descritto[41] in sede di trattazione del rito relativo all'*agere in personam*) – forse già solennizzato dalla *litis contestatio* del tempo[42] – non apriva ancora tuttavia la strada al *iudicium*. Era necessaria infatti un'attività ulteriore, curata dallo stesso magistrato davanti al quale erano stati recitati i formulari introduttivi richiesti, la quale – almeno nella fase storica alla quale Gaio fa riferimento (comunque già decemvirale[43]) – era preordinata all'attribuzione interinale della cosa[44] e alla conseguente prestazione

38 Non importa ora se questa fosse la sola affermazione contenziosa possibile (come si è a lungo ritenuto) o se essa costituisse per Gaio solo un *exemplum* (come a me parrebbe con evidenza).

39 Ancorché quasi certamente non esaustivamente, come fa intendere già Gai. 4.17 e come costringe comunque a ritenere Cic. *pro Mur.* 12.26.

40 Continuo ad essere persuaso di quanto osservato in A. Corbino, *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'*agere sacramento in rem ("secundum suam causam" in Gai. 4.16), in *Studi Sanfilippo* 7 (Milano 1987) 137 ss.

41 Nella parte dei paragrafi 14-15 andata perduta.

42 Cfr. G. Pugliese, *Il processo civile romano* I. *Le legis actiones* (corso 1961-62), Roma s.d., 389 ss.

43 XII tav. 12.3.

44 Gaio parla di "*possessorem*" *constituere*. Legge dunque il "fatto" con gli occhiali tecnici del suo tempo. Ma questo non autorizza a negare la corrispondenza sostanziale del medesimo a quello che sarebbe stato poi qualificato come Gaio appunto lo qualifica. Altra cosa ancora che ne avesse già anche la medesima disciplina.

delle garanzie necessarie (sia in ordine alla eventuale consegna di essa all'avversario risultato poi vincitore, sia in ordine al *sacramentum*[45]):

> Gai. 4. 16: … *postea praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii, quando iusto dominio ea maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumuiralibus iudiciis hasta proponitur***.**

Solo da quel momento poteva dirsi esaurita la fase introduttiva della lite e completate le premesse perché di essa potesse ora occuparsi il giudice[46].

A differenza dunque di quando la lite era "*in personam*" (nella quale era chiaro, prima ancora della sua insorgenza, su quale delle due parti gravava un "dovere" nei confronti dell'altra), nella lite "*in rem*" il sorgere di una posizione di dovere di una parte verso l'altra era conseguenza solo dell'intervenuta attribuzione delle *vindiciae* (e della conseguente esposizione che da essa poteva derivarne).

Veniamo alle ragioni di tale distinzione di regime. Per comprenderle dobbiamo riflettere sul diverso interesse che muove le parti nei due casi.

Nella pretesa "obbligatoria", chi agisce mira ad ottenere il riconoscimento pubblico che l'avversario è tenuto al comportamento (*dare/facere*) "promesso" del quale egli subisce l'attuale negazione: chiede dunque un accertamento che ha ad oggetto non direttamente la "cosa" (che pure è ciò che egli aspira, in definitiva, a conseguire), ma la esistenza o meno del dovere del suo avversario relativamente ad essa (la sua è una domanda appunto "*in personam*"). La domanda è rivolta perciò ad un accertamento che non può dare spazio a future pretese di terzi. Quello che interverrà "definisce" una volta per tutte le posizioni: la prestazione richiesta o è, in atto, dovuta o non lo è. E, se lo è, lo è solo da parte di colui al quale essa è richiesta (né può essere altrimenti) e nei confronti dell'attuale richiedente.

Nella pretesa "proprietaria" la situazione è ben diversa.

Chi assume l'iniziativa processuale intende ottenere il riconoscimento pubblico che la cosa oggetto del suo interesse gli appartiene (sicché ne è ingiustificata la attuale[47] negazione che egli subisce): chiede insomma un accertamento che riguarda la propria relazione con la cosa (la sua domanda è appunto – come poi si dirà – "*in rem*"). Ma tale sua aspirazione può fargli conseguire un risultato giudiziale utile solo nei confronti del suo attuale avversario. Esiste sempre l'insuperabile possibilità materiale che un terzo (in atto estraneo alla lite) si riveli in realtà[48] (o pretenda almeno di essere) il vero titolare del rapporto con la cosa.

45 Del quale si presuppone già intervenuta la riforma di disciplina nei termini di posta di soccombenza (sul punto: Nicosia, *Il processo* I cit. 123 ss.).

46 Tralascio del tutto le relative – ininfluenti – questioni (chi, quando, dove).

47 Che perciò identifica la legittimazione passiva dell'avversario.

48 Cfr. D. 16.3.31.1, Triphon. 9 *disp*.

E di questo i Romani tengono conto.

L'impossibilità di *agere acta*[49] (cui con evidenza fa, per altro, riferimento Gaio nel ricordare il modo di operare della preclusione processuale nel tempo delle *legis actiones*[50]) vale da sempre[51] (anche con riferimento all'azione *in rem*[52]) solo per colui che sia stato "parte" del precedente giudizio[53].

E, come avrebbe poi sottolineato Cicerone, nelle controversie *in rem*, solo il compiersi dell'*usucapio* (istituto di sicura elevatissima risalenza[54]) determina la fine di ogni *sollicitudo litis*:

> Cic. *pro Caec*. 26. 74: … *Nam ut perveniat ad me fundus testamento alicuius fieri potest; ut retineam quod meum factum sit sine iure civili fieri non potest. Fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus* …

Nel processo "*in rem*", la situazione giuridica in discussione (affermata da entrambi i contendenti come esistente in proprio favore[55]) può sciogliersi insomma nei fatti soltanto nei termini del riconoscimento di una relativa migliore posizione dell'uno dei contendenti rispetto all'altro. L'accertamento giudiziale che ne consegue non può andare oltre la constatazione di quale – tra i due[56] – debba essere preferito[57].

49 Di rinnovare – vale a dire – il giudizio già giunto a conclusione (*addictio in iure* o sentenza: cfr. Marrone, Agere lege cit., 37 s.). Di molto interesse: Plaut. *Rud. Prol*. 13-20 (sul punto: A. Corbino, *Eccezione di dolo generale suoi precedenti nella procedura "per legis actiones"*, in L. Garofalo (cur.), *L'eccezione di dolo generale*, Padova 2006, 37 s., nt. 50). L'espressione è comunque di uso già gergale (cfr. per altro: Cic. *Lael*. 22.85) in Plauto e in Terenzio (nel quale trova impiego nel senso appunto di "cosa sulla quale è inutile chiedere una riconsiderazione": Plaut. *Pseud*. 261; *Cist*. 701; Ter. *Heaut*. 564; *Phorm*. 419). Cfr. anche Cic. *ad Att*. 9.18.3; Liv. 28.40.

50 Gai. 4.108.

51 Secondo l'informazione che ne abbiamo (Gai. 4.107-108).

52 Lo nega il Marrone per l'epoca predecemvirale (Agere lege, cit. 24 s.), ma sulla base della "inverosimiglianza" che i giuristi del tempo avessero potuto già elaborare i complessi criteri di accertamento della *eadem res* (che ritroveremo nel pensiero maturo; *infra*, nt. seguente). A giudizio dell'illustre studioso ad impedire il rinnovarsi della *legis actio* avrebbe provveduto il magistrato (secondo i casi, con *denegatio actionis* o *addictio*, in favore di chi fosse già prevalso). Non vedo tuttavia cosa cambi spostare sul magistrato – rispetto al giudice – l'onere di accertamento: occorreva pur sempre valutare se la lite da intraprendere fosse o meno la stessa di quella consumata.

53 Così infatti: D. 44.2.27, Ner. 7 *membr*. (v. anche: 44.2.14 pr., Paul. 70 *ad ed*., 44.2.3, Ulp. 15 *ad ed*.).

54 Aveva disciplina articolata già nelle XII tavole (6. 3-5).

55 Gai. 4.16: … *adversarius eadem similiter dicebat et faciebat.*

56 Tanto appunto che esso si scioglierà non stabilendo di chi "sia" la cosa, ma solo stabilendo *utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit.*

57 Il che non comporta affatto (cfr. L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei "iura praediorum" nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, 396 ss.) che la proprietà fosse stata concepita in origine come una situazione relativa (secondo la nota proposta del Kaser). Una cosa è l'esito processuale dell'accertamento (fatto in sé insuperabilmente "relativo"), altra cosa la connotazione sostanziale del diritto (che resta sempre percepita come assoluta, e divenendolo comunque senz'altro con il compiersi dell'*usucapio*: Cic. *pro Caec*. 26.74).

La migliore riprova della piena consapevolezza di tutto questo la abbiamo osservando la distinta disciplina prevista per la desistenza processuale adesiva[58].

Essa si attuava, com'è noto, nelle azioni "*in rem*" con *in iure cessio* e in quelle invece "*in personam*" con *confessio in iure*, con atti, dunque, dalle conseguenze molto diverse: mentre l'*in iure cedens* avrebbe subito solo l'attribuzione all'avversario della facoltà di condurre con sé la cosa, il *confessus* sarebbe stato invece equiparato al *iudicatus* ed esposto perciò all'azione esecutiva:

> *Gai. 2.24: In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani uelut praetorem urbanum [aut praesides prouinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO; deinde postquam hic uindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra uindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum.*
>
> Gell. 15.13.11: *"Confessi" autem "aeris", de quo facta confessio est, in XII tabulis scriptum est his verbis "aeris confessi rebus iudicatis triginta dies iusti sunto".*
>
> Gell. 20.1.45: *Sic enim sunt, opinor, verba legis: "Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunto. Post deinde manus iniectio esto, in ius ducito. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus. Quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito. Si volet, suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet, plus dato".*

Benché entrambi i fatti rendessero inutile (tra le parti) il successivo giudicato (che infatti non si sarebbe avuto), uno (la *confessio*) veniva tuttavia equiparato a questo, mentre l'altro (l'*in iure cessio*) esauriva invece in sé la propria funzione: non richiedeva, per i suoi effetti, alcuna equiparazione al giudicato (il che ne spiega per altro gli impieghi sostanziali che ne sarebbero venuti[59]).

Segno inequivoco – mi sembra – della distinta efficacia che il giudicato aveva nei due casi: evenienza utile nell'azione *in rem*, ma priva di conseguenze esecutive possibili se il vincitore aveva già ottenuto l'attribuzione delle *vindiciae* e mancava perciò un conseguente dovere dell'avversario di *iudicatum facere* (diverso dalla mera

58 Un fatto in sé distinto, per altro, dalla *indefensio*, la cui disciplina – ancorché ispirata ad una logica non diversa – comportava comunque effetti distinti: nell'*actio in rem* una semplice inversione delle situazioni possessorie e in quella *in personam* la immediata apertura delle procedure esecutive (per tutti. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 341).

59 L'*in iure cessio* (sulla quale da ultimo, con una visione tuttavia in più aspetti dissonante, ispirata all'idea di una sua artificiale diretta creazione giurisprudenziale, che non possiamo qui approfondire: J.G. Wolf, *La in iure cessio considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in *Ivra* 61 [2013] 1 ss.) poteva prestarsi (come in fatto accadde, con grandissimo sviluppo di possibilità: *iura in re aliena*) al trasferimento e alla costituzione di una nuova situazione *in rem* (che vedeva il cessionario sostituirsi al cedente) solo in virtù dell'effetto preclusivo – *inter partes* – dell'esperita *legis actio* (il che ne spiega la necessità di compierla dinanzi ad un magistrato investito – anche in provincia: cfr. Gai. 2.24 – della facoltà di presiedere una *legis actio*; così ancora: PS. 2.25.4, D. 1.7.4, Mod. 2 *reg*.; D. 1.16.3, Ulp. 26 *ad Sab*., D. 1.20.1, Ulp. 26 *ad Sab*.). La *confessio in iure* non poteva prestarsi, al contrario, al trasferimento dell'*obligatio*, dal momento che con essa non si modificava solo la situazione sostanziale di titolarità, ma si definiva anche il suo già consumato inadempimento.

soggezione allo stesso); evenienza invece necessaria nell'azione *in personam*, nella quale l'accertamento riguardava un "dovere di comportamento" e la soddisfazione perciò dell'interesse materiale passava dall'attuazione di esso (e, in mancanza, dalla possibilità di procedere esecutivamente nei confronti del resistente[60]).

6. Venendo alla unicità del *modus procedendi* esecutivo, appare a questo punto, di ogni evidenza il suo dipendere dalla impostazione del processo di cognizione. Essa è la conseguenza della avvertita preoccupazione di assicurare al vincitore una spedita possibilità di far valere – con mezzi giuridici[61] – l'intervenuto giudicato. Il quale, come abbiamo visto, conduce infatti sempre (quale che fosse la questione sottoposta a cognizione, rivolta cioè all'accertamento di una pretesa *in rem* o di una invece *in personam*) ad un risultato processuale che determina in ogni caso pretese "*in personam*": l'originaria (ora non solo affermata, ma anche dichiarata fondata) ovvero la nuova (o le nuove, quanto ai *praedes*[62]) – con le accessorie[63] – derivante dall'eventuale insorto dovere (con il giudicato) di consegna al vincitore della lite della cosa che ne era oggetto, attribuita interinalmente dal magistrato a colui che è risultato tuttavia soccombente nell'accertamento intervenuto[64].

7. Possiamo, mi pare, rapidamente concludere.

Due le considerazioni che le nostre informazioni suggeriscono.

La prima. L'antica disciplina duale dell'*agere sacramento* è espressione di una tecnica giuridica che non possiamo continuare a considerare ancora solo empirica ed irriflessa. Essa asseconda una varietà di esigenze attentamente rilevate e lo fa in modo già notevolmente raffinato. Segno di una cultura giuridica che appare già in grado di esprimere una "visione" cosciente dei problemi da considerare e ben consapevole perciò anche delle ricadute delle scelte disciplinari adottate.

La seconda. Le scelte originarie adottate appaiono frutto di una visione di fondo mai abbandonata.

È ben vero che nel tempo molte delle concrete discipline adottate in origine sono state rivedute e modificate. Ma esse lo sono state sempre in una direzione caratterizzata da una continuità di fondo, in costante adesione ad una tradizione di pensiero mai abbandonata.

Ed è anche non meno vero che, come Gaio stesso sottolinea, la rappresentazione degli assetti antichi nei termini di un "sistema" di azioni descrivibile in ragione della natura delle situazioni sostanziali cui esso dava attenzione – e perciò rappresentabili come

60 Non diversamente per altro di quanto sarebbe ancora avvenuto nel sistema delle *formulae* (secondo quanto si apprende dalla *lex Rubria*). Sul punto – con analisi di problemi e dottrina (ai nostri limitatissimi fini del tutto irrilevanti) – Fiori, 200 s.

61 L'idea della autosatisfazione non è solo un'invenzione. È un non senso (*quid* se la "forza" del soccombente è maggiore?).

62 Richiesti anche per il *sacramentum* (Gai. 4.16).

63 Sorgeva responsabilità anche per frutti (XII tav. 12.3) e, verosimilmente, spese.

64 Cfr. Marrone, Agere lege cit., 23 nt. 15.

dirette a far valere pretese "*in rem*" ovvero "*in personam*" – è frutto di una riflessione "moderna" (*verius videtur* leggiamo in Gaio)[65]:

> Gai. 4.1 *Superest, ut de actionibus loquamur. et si quaeramus, quot genera actionum sint, uerius uidetur duo esse, in rem et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animaduerterunt quasdam species actionum inter genera se rettulisse*.

Ma questo nulla toglie al fatto che essa è intervenuta su dati storici oggettivi (gli assetti materiali maturati), che l'hanno suggerita e giustificata.

Il fatto che i Romani delle origini non si siano rappresentati l'*agere sacramento* rivolto ad affermare il "*meum esse*" come un *agere* "*in rem*" e quello rivolto ad affermare un "*dare facere oportere*" come un *agere* "*in personam*" non significa anche che essi non abbiano distinto da sempre il *modus procedendi* secondo una logica corrispondente, che teneva conto appunto del fatto che esso fosse rivolto a far valere l'una o l'altra esigenza.

Ciò che è accaduto non è stato insomma un mutamento di logica giuridica. Nel tempo è solo maturata la capacità del pensiero giuridico di rappresentare quegli assetti anche in termini concettuali teorici[66].

Nella materia qui osservata, nessuna rottura si constata insomma tra pensiero arcaico e pensiero moderno. Il secondo è uno "sviluppo" del primo e non un suo "rivolgimento". Tanto da essere stato possibile a Gaio presentare il primo (l'arcaico) "ordinandolo" (senza tradirne in alcuna misura l'essenza) secondo le stesse categorie nelle quali egli ordina il moderno (*in rem/in personam*)[67].

Abstract

This piece of writing intends to show – moving from a specific observation point – how juridical Roman thinking has been characterised by a high continuity of vision and by a great capacity to rationally rule over the complexity of situations that had to be regulated.

65 Sul punto da ultimo: F.M. Silla, *Genera actionum. Itinerari gaiani*, Lecce 2012, 11 ss. (cfr. in particolare, p. 21 nt. 20). Sulla distinzione in questione v. anche: E. Nicosia, *"Actio in rem" e "actio in personam" nell'impostazione di Gaio*, in "*Actio in rem*" *e* "*actio in personam*", I, Padova 2011, 53 ss.

66 Quelli dei quali ancora Cicerone lamentava l'inesistenza al suo tempo: cfr. *de orat*. 1.41.185 ss. (ma v. anche *de leg.* 1.4.14; *Br*. 41.151 ss.).

67 Gai. 4.1.

INTERNATIONAL RELATIONSHIPS IN THE ANCIENT WORLD

Maria Floriana Cursi*

1. Introduction

Modern scholars, when addressing the topic of relationships between Rome and other communities, have emphasised the Roman perspective. Rome has always been considered the leading figure in economic, diplomatic and cultural exchanges in the Mediterranean area; and every kind of relationship that arose in this context has been seen as an expression of the Roman hegemonic plan.

The aim of this paper is twofold: first to question the emphasis that has until now been placed on the Roman point of view in the study of international relations in antiquity. Secondly, to consider the Romans as only one of the many groups responsible for Mediterranean cultural models. This stance reverses the traditional one and highlights new perspectives on the relevant history.

2. From the Italic *socii* to the *socii et amici populi Romani*

If we wish to analyse the alliances and friendship between Rome and other communities we have to examine evidence on treaties entered into between the Romans and other communities concerning military cooperation and good relations.

In the earliest period Rome was a hegemonic power at the helm of the federation of the Italic peoples – Latins (Latinum *nomen*) and Italic *socii*[1] – united in permanent military alliances concerning the supply of troops and ships to allies. This uniformity of alliance relations changed when Rome entered the Mediterranean area. As from the third century BC, in the treaties concluded between Rome and non-Italic peoples, terms like

1 Cf. Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Leipzig, 1887, 661; M. Wegner, *Untersuchungen zu den lateinischen Begriffen socius und societas*, Göttingen, 1969, 95 ss.; W. Dahlheim, S*truktur und Entwicklung des römischen Völkerrechts im dritten und zweiten Jahrhundert v. Chr.*, München, 1968, 117 ss.

* Professor of Roman Law, University of Teramo.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 186-195

amicitia and *societas* frequently appear. Sometimes the term *amicus*, sometimes *socius*, and sometimes even *socius et amicus* were used to describe the same situation. In the latter case (*socius et amicus*), the meaning of the hendiadys must be examined.

3. *Amicitia et societas* in scholarly interpretation

The phenomenon has not gone unnoticed: from an initial simplification of *amicitia et societas* to mere *amicitia* in the monumental structure of Mommsen, the more recent scholarly interpretation has come to evaluate the specific meaning of the hendiadys in connection with the political development of Rome.

Mommsen[2], on the basis of a formal similarity, examined the two categories of people *amici* and *socii et amici*[3]. Although he introduced a tripartite scheme of international relationships – *amici*, *socii* and *socii et amici* – Mommsen did not explain the nature of this intermediate category between *amici* and *socii*. However, when he draws attention to the affinity between *socii et amici* and *amici* it permits us to view *societas et amicitia* as a form of collaboration, not a form of subjection[4].

At the beginning of the last century, interest in the topic emerged in two almost contemporary contributions, those of Matthaei[5] and Sands[6]. Matthaei, relying on Mommsen, considers the term *socius et amicus* to be nothing more than an official title bestowed by the Romans on their friends[7], assuming that when a treaty of friendship was revised the term *amicus* obliged the Romans to provide their friends with military aid, adding *societas* to *amicitia*[8]. The treaty of *amicitia* and *societas* would be devised as a compromise between the Roman need to establish perpetual relationships (*amicitia*) and the need for foreign peoples, especially the Greeks, to conclude temporary alliances (*societas*)[9].

2 Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III.1, cit., 593 n. 2, speaks of a "formale Gleichbehandlung der beiden Kategorien der blossen *amici* und der *socii et amici*". The French translation of Girard erroneously states "la similitude théorique des règles qui concernent les simples *socii* et les *socii et amici*".

3 M. Holleaux, *Rome, la Grèce et les monarchies hellénistiques au III^e siècle avant J.-C. (273-205)*, Paris, 1921, 47 n. 1, 50 n. 1; A. Heuss, *Die völkerrechtlichen Grudlagen der römischen Aussenpolitik in republikanischer Zeit*, Leipzig, 1933, 26 n. 1.; Chr. Baldus, *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in modernen Völkerrechtswissenschaft*, I, Frankfurt-am-Main, 1998, 219, highlights the proximity of the relations: "Die *amicitia* wird seit der hohen Republik gern in Zusammenhang mit der *societas* genannt; häufig erscheinen beide Institute als synonym". H. Horn, *Foederati. Untersuchungen zur Geschichte ihrer Rechtsstellung im Zeitalter der römischen Republik und des frühen Principats*, Frankfurt-am-Main, 1930, 12 s., on the other hand, holds that the hendiadys is the short expression of *socius* or *societas*.

4 Cf. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, III.1, cit., 649 s., 663 s.

5 L.E. Matthaei, *On the Classification of Roman Allies*, in *Classical Quarterly*, I, 1907, 185.

6 P.C. Sands, *The Client Princes of the Roman Empire under the Republic*, Cambridge, 1908, 10 ss.

7 Matthaei, *On the Classification of Roman Allies*, cit., 185.

8 Matthaei, *On the Classification of Roman Allies*, cit., 184 ss.

9 Matthaei, *On the Classification of Roman allies*, cit., 200 ss.

Sands, albeit by different means, reaches the same conclusion as Matthaei by identifying *amici et socii* with *amici* who had no obligation to provide military cooperation to Rome[10]. The hendiadys would be used with increasing frequency from the second century BC onwards, in connection with the growth of political and military power of Rome, to highlight the status of inferiority of their friends, until their final transformation to *socii*[11].

This last consideration, based on the power relations in the Mediterranean area, has been accepted by later authors – in particular by Dahlheim[12], De Martino[13] and Cimma[14] – who, unlike Matthaei and Sands, highlight the more technical nature of the relationship of friendship and alliance[15]. They point to the transformation of the original relation of friendship to one more onerous for foreign people, because it included the duty to cooperate in the military campaigns of the hegemonic power. This last duty, while it did not compromise the sovereignty of the community friend and ally of the Romans, politically placed the people under Roman influence[16].

To sum up, some scholars have denied the specificity of the relation of alliance and friendship, referring to its coincidence with friendship. Others have emphasised the technical character of the hendiadys developed when Rome came to the Mediterranean area and its relationship to its political weight.

It is certain, however, that the perspective from which the phenomenon has been studied is Roman: Rome expanded into the Mediterranean area and built relationships with foreigners according to its own patterns that sometimes suited the needs of the people with whom it came into contact[17].

4. Diplomacy in the Mediterranean area before Rome's arrival there

This last point, I think, requires an investigation into the relationship between the peoples in the Mediterranean area before Rome arrived there. In fact, an analysis of international relations in the Mediterranean area provides many examples of treaties of friendship and alliance entered into long before Rome entered this area.

As evidenced by the archives of Mari, the Amarna letters and later the Hittite documents, as early as the second millennium BC the peoples of the Near East engaged in intense diplomatic exchanges that required a formalised system of international relations, modelled on interpersonal relationships in which metaphors of brotherhood

10 Sands, *The Client Princes*, cit., vi.

11 Sands, *The Client Princes*, cit., 42 ss., esp., 46.

12 Dahlheim, S*truktur*, cit., 260 ss.

13 F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, II^2, Napoli, 1973, 33.

14 M.R. Cimma, *Reges socii et amici populi Romani*, Milano, 1976, 177 ss.

15 The hendiadys *socii et amici* is not expressly used by De Martino.

16 Cf. Cimma, *Reges socii et amici populi Romani*, cit., 180 ss.

17 Cf. R. Bernhardt, *Rom und die Städte des hellenistischen Ostens (3.-1. Jahrhundert v. Chr.). Literaturbericht 1965-1995*, in L. Gall (ed.), *Historische Zeitschrift. SH*, XVIII, München, 1998, 11 ss.

and parent/child relationships were used to describe the relationship between the kings of different communities[18].

The sources provide evidence of some terms used to denote this system: *salīmum* (peace, reconciliation, friendship) and *aḫḫūtum* or *aḫḫūtum* (brotherhood). The first expression could indicate both the equal relationship between kings who called each other "brothers", and the relationship between sovereign people and subordinate people, respectively "fathers" and "sons". *Aḫḫūtum* expressed the nature of *salīmum*, and referred to both the cordial relations that preceded the alliance and to the new link that came into being[19].

A recurring feature of these types of covenant is the use of the hendiadys to describe their content. A particularly widespread expression that recalls the concepts of peace and friendship is *aḫḫūtu u ra'amūtu* (brotherhood and love). This expression, according to the doctrine[20], crystallised in the hurrian-hittite sphere in the middle of the second millennium and then passed to the Achaeans, until it was standardised by the Greeks in the formula φιλία καὶ συμμαχία denoted by the Romans as *amicitia et societas*.

This last statement, which demonstrates continuity between the eastern and western parts of the ancient world, testifies to the intense relations between the people in the Mediterranean area and opens a new perspective on western diplomatic models that would simply be inherited by the east, not invented.

Diplomatic relations in the Greek world offer an exceptional model with which we may reconstruct the manner in which international treaties came into being. In the earliest period, especially in epic contexts, the term φιλότης is used[21] to indicate the relationship of hospitality and protection that binds a stranger to a member of the community and that constitutes φίλοι[22].

18 Cf. M. Liverani, *Prestige and Interest. International Relations in the Near East ca. 1600-1100 B.C.*, Padova, 1990, 197 ss.; P. Karavites – Th. Wren, *Promise-giving and Treaty-making. Homer and the Near East*, Leiden/New York/Köln, 1992, 49 s.; M. Liverani, *The Great Powers' Club*, in R. Cohen – R. Westbrook (eds.), *Amarna Diplomacy. The Beginnings of International Relations*, Baltimore, 2000, 15 ss.; F. Gazzano, *La diplomazia nelle Storie' di Erodoto. Figure, temi, problemi*, in L. Piccirilli (ed.), *La retorica della diplomazia nella Grecia antica e a Bisanzio*, Roma, 2002, 14; B.R. Foster, *Water under the Straw Peace in Mesopotamia*, in K.A. Raaflaub (ed.), *War and Peace in the Ancient World*, Oxford, 2007, 68 ss.; R. H. Beal, *Making, Preserving, and Breaking the Peace with the Hittite State*, in Raaflaub (ed.), *War and Peace*, cit., 83, about the relation of brotherhood in the treaty between Ramses II and Hattushili III, king of the Hittites, in 1280 BC.

19 H. Tadmor, *Alleanza e dipendenza nell'antica Mesopotamia e in Israele terminologia e prassi*, in L. Canfora – M. Liverani – C. Zaccagnini (eds.), *I trattati nel mondo antico. Forma, ideologia, funzione*, Roma, 1990, 19.

20 M. Weinfeld, *The Common Heritage of Covenantal Traditions in the Ancient World*, in Canfora – Liverani – Zaccagnini (eds.), *I trattati nel mondo antico*, cit., 176 ss. Similarly Karavites – Wren, *Promise-giving*, cit., 48 ss.; Gazzano, *La diplomazia nelle Storie' di Erodoto*, cit., 14 s.

21 Cf. M. Giangiulio, *La φιλότης tra Sibariti e Serdaioi (Meiggs-Lewis, 10)*, in *ZPE*, XCIII, 1992, 38; M. Scott, '*Philo, Philotes*' *and Xenia'*, in *Acta classica*, XXV, 1982, 15 ss.; Karavites – Wren, *Promise-giving*, cit., 48 s.; V. Alonso, *War, Peace, and International Law in Ancient Greece*, in Raaflaub (ed.), *War and Peace*, cit., 209 ss.

22 E. Benveniste, L*e vocabulaire des institutions indo*-européennes, I, Paris, 1969 = *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, Torino, 1976, 262 ss.

In the lexicon of international treaties φιλότης is attested within the sphere of diplomatic συμμαχία[23], as a synonym for φιλία – a term that later, in the treaties of the classical age, definitively replaced φιλότης, witnessing the strong connection between the two terms (φιλότης and φιλία). The notion of φιλία began to be used to define the relationships between communities especially from the sixth century BC onwards, because of the widespread acceptance of the term in Greek social life. This followed on its popularisation by the Pythagorean school[24] as well as the emergence of the colonial phenomenon[25] and the regulatory function of the Olympic sanctuary that promoted the conceptual development of the vocabulary of the Greek treaties[26]. In about the sixth century BC the process of abstraction of φιλία linked to the new political and ideological connotations of the term began[27].

The diplomatic meaning of φιλία – initially mainly used to favour business contacts among the people in the Mediterranean area[28] – was reinforced by combination with the συμμαχία: the alliance provided in a defensive or offensive treaty[29], generally equal[30] and temporary that, over time, became the main instrument of Greek hegemony[31].

The choice is not random: the hendiadys indicated a willingness not only to conclude a military alliance, but also to create good relations[32] potentially open to further developments[33]. Apart from the meaning of the two terms, their use as hendiadys is very interesting. As in the Near East, friendship and alliance was now declared by means of a similar expression – φιλία / φιλότης (or ξενία) καὶ συμμαχία[34] – which perhaps is its translation and which becomes a stylistic feature unchanged in form, even though with different content according to the different geographical and historical contexts.

23 Cf. Giangiulio, *La φιλότης*, cit., 31 ss. Karavites – Wren, *Promise-giving*, cit., 56 s., highlights the existence of the hendiadys φιλία καὶ συμμαχία in the classic period.

24 G. Panessa, *Introduzione*, in Id. (ed.), *Philiai. L'amicizia nelle relazioni interstatali dei Greci.* I. *Dalle origini alla fine della guerra del Peloponneso*, Pisa, 1999, xv; xxi.

25 Cf. Panessa, *Introduzione*, cit., xxvi.

26 Panessa, *Introduzione*, cit., xviii; xxvi.

27 Giangiulio, *La φιλότης*, cit., 40; Karavites – Wren, *Promise-giving*, cit., 56; Panessa, *Introduzione*, cit., xv.

28 Panessa, *Introduzione*, cit., xxvi ss.

29 E. Lévy, *Le vocaboulaire de l'alliance chez Polybe*, in Ed. Frézouls – A. Jacquemin (eds.), L*es relations internationales*, *actes Strasbourg 15-17.6.1993*, Paris, 1995, 397 ss.

30 Cf. E. Bikerman, *Remarques sur le droit des gens dans la Grèce classique*, in *RIDA*, III, 1950, 101 n. 10.

31 E. Baltrusch, *Symmachie und Spondai. Untersuchungen zum griechischen Völkerrecht der archaischen und klassischen Zeit (8.-5. Jahrhundert v. Chr.)*, Berlin/New York, 1994, 15; J.M. Hall, *International Relations*, in Ph. Sabin – H. van Wees – M. Whitby (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare*; I, Cambridge, 2008, 101 ss.

32 In this sense φιλία does not necessarily presume a formal treaty of friendship (Panessa, *Introduzione*, cit., xxvii). *Contra*, Lévy, *Le vocaboulaire de l'alliance*, cit., 397 ss.

33 Panessa, *Introduzione*, cit., xviii.

34 In this sense D. Konstan, *Friendship in the Classical World*, Cambridge, 1997, 83 ss.

5. *Graecia capta ferum victorem cepit ...*

The framework of the relationships among the people in the Mediterranean area before the coming of Rome seems so uniform that it enables us not only to reconstruct the contents of the Roman treaties of *amicitia et societas*, but also to re-interpret the Roman imperialist approach.

From the Roman perspective, the hendiadys *amicitia et societas* used in the treaties with non-Italic people during the third century BC is certainly unusual, considering that in its early relations with the Italic people Rome built its hegemony on military alliances by treaties of *societas* (Italic *socii*).

But if we shift the perspective from the Romans to the people in the Mediterranean area, we realise that not only was there an intense exchange and sharing of cultural models even before the coming of Rome, but also that such models profoundly influenced the Roman approach in the Mediterranean area, forcing Rome to rethink its scheme of international relations.

When Erich Gruen, a historian of Greece and Rome, in a revisionist study of Roman imperialism considers the use of the Roman model of Italic *societas* to modify the new relationship with the Greeks, he warned that "[w]e enter slippery terrain" considering that the terms used in the *foedera*, and in particular the *clausula maiestatis*, rarely come to light and that their examination will be conditioned by the dichotomy of *foedus aequum*/*foedus iniquum* improperly used by scholars to interpret the phenomenon of Roman international relationships.

This perplexity about the terms used in the treaties as well as the presence of the *clausula maiestatis* leads Gruen to conclude that Rome could not use the *clausula maiestatis* as a standardised tool of its hegemonic policy, so that Rome did not create politically unequal treaties[35]. Gruen believes rather that the Romans used the flexible tool of φιλία or *amicitia*[36] to create "informal associations", reinterpreting the Hellenistic patterns for their own purposes[37], leaving aside the treaties that according to Gruen would have played a small role in history of relations between Rome and Greece.

In other words, before the third century BC *amicitia* was not a diplomatic tool used by the Romans. It was taken from the Greeks, as was the expression *amicitia et societas*[38]. For the Greeks, however, friendship described a relationship lacking the element of power: "*amicitia* was a presumption of cordiality, not an imposition of duties".[39] Even after the Peace of Apamea in 188 BC between Rome and Antiochus III, after the Roman victories at Thermopylae in 191 BC and at Magnesia in the following year, Rome would have

35 E.S. Gruen, *The Hellenistic World and the Coming of Rome,* Berkeley/Los Angeles/London, 1984, 25 ss.

36 A. Coşkun, *Freudschaft, persönliche Nahverhältnisse und das Imperium Romanum. Eine Einführung*, in Id. (ed.), *Freundschaft und Gefolgschaft in den auswärtigen Beziehungen der Römer (2. Jahrhundert v. Chr.-1. Jahrhundert n. Chr.)*, Frankfurt-am-Main, 2008, 11, agrees that from the second century BC friendship became a flexible tool of alliance policy.

37 Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 54 ss.

38 Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 76 ss., 95; R. Billows, *International Relations*, in Sabin – van Wees – Whitby (eds.), *The Cambridge History of Greek and Roman Warfare*, I, cit., 318 ss.

39 Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 78.

changed the meaning of the terms *amicitia* and *societas*. Although the heavy defeat of Antiochus had removed any doubt about the superiority of the Roman army, the *amicitia* would still not have involved mutual obligations, while remaining as flexible a tool as ever[40]. During this period, Gruen adds, the authority of Rome in the Mediterranean area started to be undisputed, and many of its friends were actually subservient dependents. Nevertheless, *amicitia* retained its original meaning according to Greek traditional practices[41]. The Romans did not rely on friendship, says Gruen, to justify their wars: Roman propaganda took another form, such as the proclamation of Greek freedom[42].

The hypothesis developed by Gruen is an original one that even if not accepted by all, opens a new perspective on relationships between people in the Mediterranean area, with friendship viewed as a diplomatic tool pre-existing the arrival of Rome in this area[43].

However, let us take it step by step. There is no doubt that the dichotomy *foedus aequum*/*foedus iniquum* cannot be applied to the Roman experience. Indeed, the category of *foedus iniquum* did not originate in Roman experience but is based on the contribution of Hugo Grotius who reconsidered the Roman sources on unequal treaties, introducing the notion of *foedus inaequale*, semantically similar to *foedus iniquum*, and contrasted with situations where *summum imperium* (*foedus aequum*) was fully preserved[44]. This does not mean, however, that the Romans did not conclude treaties based on a range of unequal relationships, tending towards the gradual standardisation to *deditio*. If we want to fix dates, Luraschi noted[45] that even before Roman expansion after the Second Punic War, special clauses were inserted that made provision for conditions of inferiority. This was done as from the signing of the Treaty with the Aetolians in 189 BC until the insertion of the *clausula maiestatis*, conceived as a general clause that formalised the inferiority of the peoples allied with Rome. But we can go even further and suggest with Ferrary[46] that there was no specific clause, but that the condition of inequality between

40 Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 88 ss.

41 Cf. Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 93 s.

42 Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 95.

43 Gruen, *The Hellenistic World*, cit., 69 s. Cf. A. Zack, *Studien zum Römischen Völkerrecht'. Kriegserklärung, Kriegsbeschluß, Beeidung und Ratifikation zwischenstaatlicher Verträge, internationale Freundschaft und Feindschaft während der römischen Republik bis zum Beginn des Prinzipats*, Göttingen, 2001, 239 ss. More recently Id., *Forschungen über die rechtlichen Grundlagen der römischen Außenbeziehungen während der Republik bis zum Beginn des Prinzipats. I. Fragen an Sextus Pomponius Quellen- und sachkritische Untersuchungen zu Pomponius 37. lib. ad Muc. D. 49,15,5*, in *Göttinger Forum für Altertumswissenschaft*, XIV, 2011, 47 ss. (*http //gfa.gbv.de/dr;gfa,014,2011,a,06.pdf*), 54.

44 Cf. M.F. Cursi, I*l carattere paradigmatico della classificazione dei foedera' dalla partizione di Livio alla sistematica di Grozio*, in L. Labruna (ed.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, Napoli, 2006, 1574 ss.

45 G. Luraschi, *Foedus', Ius Latii', Civitas'. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadana*, Padova, 1979, 33 ss. Cf. also Cimma, *Reges socii et amici* cit., *passim*, about the reconstruction of the international relations between Rome and the *socii*.

46 J.-L. Ferrary, *Traités et domination romaine dans le monde hellénique*, in Canfora – Liverani – Zaccagnini (eds.), *I trattati nel mondo antico*, cit., 217 ss.

the parties was made evident by the onerous conditions imposed by Rome, for example about military cooperation.

It seems to me that in the light of what has been said above, an analysis of the different types of *foedera* gives evidence of the growing hegemony of Rome when it came to the political and military standardisation of international relations. Although the dichotomy *foedera aequa/foedera iniqua* was not formalised, the Roman jurists distinguished between various foreign peoples; a factor which we must consider in the relations between Rome and the other people in the Mediterranean area.

This type of approach is also reflected in the use of the term *amicitia*. Admittedly Rome used the formulas of the communities of the eastern Mediterranean area, but, unlike Gruen, I think that evidence of the Roman hegemonic policy was to be found not only in propagandistic tools, but also in international treaties – in those in which the *clausula maiestatis* appeared, but also in a reinterpretation of the relations of φιλία καὶ συμμαχία for Roman purposes of expansion.

6. The Roman reinterpretation of Greek international models

Roman sources, both legal and literary, seem to me to demonstrate this hypothesis. In a famous fragment[47], Pomponius describes the criteria for the application of *postliminium in pace*, highlighting how the absence of good relations does not make enemies of people: "In pace quoque postliminium datum est: nam si cum gente aliqua neque amicitiam neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus: hi hostes quidem non sunt ...".

Describing these relationships, the jurist distinguishes the ancient *hospitium*, on the one hand, and *amicitia* and *foedus amicitiae causa*, on the other. In the absence of a treaty, *amicitia* could be identified as a state of good relations, probably no different from the Gruen interpretation of the Greek φιλία. Conversely, the *foedus* of friendship might be seen as a Roman adaptation, from the perspective of their ritualization, of the good relations between communities and their effects. Livy informs us about this, in a source that assumes a strongly paradigmatic role:

> Liv. 34.57.8: Esse autem tria genera foederum quibus inter se paciscerentur amicitias civitates regesque: unum, cum bello victis dicerentur leges; ubi enim omnia ei qui armis plus posset dedita essent, quae ex iis habere victos, quibus multari eos velit, ipsius ius atque arbitrium esse; alterum, cum pares bello aequo foedere in pacem atque amicitiam venirent; tunc enim repeti reddique per conventionem res et, si quarum turbata bello possessio sit, eas aut ex formula iuris antiqui aut ex partis utriusque commodo componi; tertium esse genus cum qui numquam hostes fuerint ad amicitiam sociali foedere inter se iungendam coeant; eos neque dicere nec accipere leges; id enim victoris et victi esse.

Menippus, the leader of the delegation sent in 193 BC by Antiochus III, king of Syria, to the Romans *amicitiam petendam iungendamque societatem*, explains the three forms

47 Pomp. 37 *ad Q. Mucium* D. 49.15.5.2. About this fragment see M.F. Cursi, *La struttura del postliminium nella repubblica e nel principato*, Napoli, 1996, 126 ss.

of *foedera* by means of which foreigners contract a treaty of friendship[48]: either the outbreak of war brings them into contact, as happens in the first two cases, or the parties agree to enter into an alliance or relationship of friendship. The root of the distinction is certainly political and military: the war, or rather the ending of the hostilities or failure to do so, is the crux of the classification.

Here, the first two cases refer to *foedera* into which two warring people may enter at the end of hostilities. In the first case, when it is clear who the winner and the loser are, the winner imposes his own conditions on the loser: Livy, in fact, writes that the winner has the right to determine what is to be restored to the defeated people and what is to be confiscated from them. However, Livy qualifies this statement by adding: "dicere leges".

There is provision for restitution not only where one community defeats another, but even where people have showed the same valour in war: in this case the people ask for restitution on the basis of an agreement, and, if there is any change of ownership as a result of the war, the original positions are restored according to the ancient law, or according to a formula that is of benefit to both[49]. This is the second *genus foederum*, in which enemies may conclude a pact of friendship with *reciperatio* following the war. The third kind of treaty is entered into, not after a war, but when the community wishes to enter into a treaty of friendship. The *foedus* is defined as *sociale*, distinguished from *leges* because there are neither winning nor losing parties, but the people wish to conclude a pact of friendship.

If we compare the three types of treaties, the first two undoubtedly have a military-political background, unlike the third kind. The main distinction is between *foedera amicitiae causa* concluded after the war and those concluded in the absence of war. The first ones, then, are distinguished by agreements between winners and losers (*leges*) and agreements for the restitution of booty obtained in a war in which there was neither a loser nor a winner. War or its absence therefore affects the form of the treaty, which reflects a precise legal status that is friendship, the objective of the treaty, as evidenced by the Livian source.

Now, if we look at the three types of treaties, the *sociale foedus*, which was concluded in the absence of war, recalls the *societas* required for the establishment of *amicitia*. Is this a reference to the treaties of *societas et amicitia*[50]? It is not impossible. Livy certainly emphasises the technical-structural aspect of international relationships that supports the function of the archetype of the source.

In the passage by Livy, there is no evidence to suggest a classification in the development of international relations, unbalanced in favour of Rome. On the contrary, Livy offers a syntax of international relations to better explain the fluidity of the real balances.

48 Cf. Cimma, *Reges socii et amici populi Romani*, cit., 80 ss.; B. Paradisi, *L' amicitia' internazionale nella storia antica*, in *Civitas maxima'. Studi di storia del diritto internazionale* I Firenze, 1974, 296 ss.; K.H. Ziegler, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, in *ANRW*, I.2, Berlin/New York, 1972, 88 ss.; Luraschi, *Foedus'*, cit., 30 ss.; L. Labruna, *Romanizzazione, foedera', egemonia*, in *Adminicula*, Napoli, 1988, 70 ss.

49 Cf. G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana*, II, Bologna, 1948, 231 ss.; G. Broggini, *Iudex Arbiterve'*, Köln/Graz, 1957, 48.

50 Cf. A. Coşkun, *Rückkehr zum Vertragscharakter der amicitia? Zu einer alt-neuen Forshungs-kontroverse*, in Id. (ed.), *Freundschaft und Gefolgschaft*, cit., 222.

Unlike Livy, Proculus places Roman hegemony in international relations at the centre of the juridical debate:

> Proc. 8 *epist.* D. 49.15.7.1: liber autem populus est is, qui nullius alterius populi potestati est subiectus, sive is foederatus est: item sive aequo foedere in amicitiam venit, sive foedere comprehensum est, ut is populus alterius populi maiestatem comiter conservaret. hoc enim adicitur, ut intellegatur alterum populum superiorem esse, non ut intellegatur alterum non esse liberum: et quemadmodum clientes nostros intellegimus liberos esse, etiamsi neque auctoritate neque dignitate neque viri boni nobis praesunt, sic eos, qui maiestatem nostram comiter conservare debent, liberos esse intellegendum est.

Proculus provides a concept of freedom of the populus that is expressed in two ways: either as the absence of another people's power or as the relationship established by a *foedus*. He distinguishes the *foederati* who have concluded a *foedus aequum* from the *foederati* who must respect the *maiestas* of other people, as clients must their patrons. The jurist pays more attention to this last kind of treaty in order to emphasise that the people who had accepted the *clausula maiestatis* did not appear to be free. And Proculus adds, taking as an example the relationship between patron and client in which the client, while honouring the patron, retains his freedom[51], that the clause embodied only the obligation to respect the superiority of Rome, which Cicero had already affirmed was the meaning of the *clausula maiestatis* in the treaty between Rome and Cadiz.

It seems to me that Proculus has explained the political criterion of equity or iniquity in international relations, in the perspective of the Roman expansionism. *Amicitia* is the content of the treaty, but its value depends on the political weight of the people with whom Rome established the relationship[52]. I think this is the best proof of the change in political terms of the Greek concept of friendship – always assuming that Roman *amicitia* is born of the cast of Greek φιλὶα.

Abstract

As long as the Romans had contact with the people of Italy only, their treaties embodied the concept of *societas*. The new formula "*amicitia* and *societas*" and the expression *amicitia* seem to have arisen only when Rome came into contact with other peoples in the Mediterranean area. The article aims to demonstrate that the roots of these new relationships are in international relations in the ancient Near East, and that the Romans adopted them from the Greeks. Later, they adapted the formula to their policy of expansion by using it to impose the *maiestas populi Romani*.

51 Rereading the hypothesis of E. Badian, *Foreign Clientelae (264-70 B.C.)*, Oxford, 1958, *passim*, against the backdrop of opening remarks by Gruen, *The Hellenistic World*, cit., *passsim*, P.J. Burton, *Clientela or Amicitia? Modeling Roman International Behavior in the Middle Republic (264-146 B.C.)*, in *Klio*, LXXXV, 2003, 333 ss., puts the *amicitia* at the centre of relations in the Mediterranean area from the third to the second century BC.

52 Cf. J-L. Ferrary, *Philhellénisme et impérialisme. Aspects idéologiques de la conquête romaine du monde hellénistique, de la seconde guerre de Macédoine à la guerre contre Mithridate*, Rome, 1988, 42 s.

"SOO 'S LANDS ORDONNANTIE VERGEEFFS NIET IS GEMAECKT": ROOMS-FRIES RECHT IN EEN ZAAK OVER DIERSCHADE BIJ HET HOF VAN FRIESLAND

Hylkje de Jong* **

1. Inleiding

In de literatuur wordt heden ten dage van tijd tot tijd aandacht besteed aan de receptie van het Romeinse recht in de Republiek der Verenigde Nederlanden.[1] In het algemeen gesproken werd het toe te passen recht in de eerste plaats bepaald door de ordonnanties van de soevereinen en door het plaatselijke gewoonterecht, al dan niet opgetekend en door deze soevereinen bekrachtigd. Waren deze bronnen ontoereikend, dan ging men te rade bij het Romeinse recht. De grote uitzondering was de provincie Friesland, waar het Romeinse recht van toepassing was, voor zover daar geen inbreuk op werd gemaakt door de wetgeving van de overheid, zoals bijvoorbeeld vastgelegd in de "Statuten, ordonnantiën ende costumen van Friesland" uit 1602, gewoonlijk bekend als de Landsordonnantie.[2]

Vóór de jaren zestig van de vorige eeuw zijn met name over de receptie van het Romeinse recht in Friesland enkele toonaangevende Nederlandse studies gepubliceerd.[3]

1 Zie bijvoorbeeld AJB Sirks "Bijnkershoek as author and elegant jurist" (2011) 79 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 229-252; P Gerbenzon, BS Hempenius-van Dijk en P Brood "Receptie van Romeins recht in Drenthe?" (2003) 5-1 *Pro memorie* 50-65 en JHA Lokin, CJH Jansen en F Brandsma *Het Rooms-Friese recht de civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw* (Hilversum, 1999).

2 Vgl U Huber *Heedendaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* deel 1 (Leeuwarden, 1686) Boek I, kapittel 2, nr 47: "Staende by ons vast desen regel: wat niet blijkt verandert te zijn bij het Friesche recht, blijft soo, als het by de Roomse wetten is vastgesteld."

3 I Telting "De invoering van het Romeinsche regt in Friesland" (1868) 1 *Tijdschrift voor het Nederlandsch regt* 1-57; LJ van Apeldoorn "Het Romeinsche recht in Friesland" Nieuwe reeks deel 3 afdeeling letterkunde *Mededeelingen der Nederlandsche Akademie van Wetenschappen* (Amsterdam, 1940) 379-436; R Feenstra *Verkenningen op het gebied der receptie van het Romeinse recht* (oratie

* Universitair Docent, Afdeling Rechtstheorie en Rechtsgeschiedenis, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam.

** De auteur dankt PhH Breuker en BS Hempenius-van Dijk voor hun waardevolle inhoudelijke aanvullingen en verbeteringen.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 196-205

Deze studies betroffen onder andere hypothesen over de datering van het bestaan van een heersende rechtsovertuiging omtrent het bindend gezag van het Romeinse recht in Friesland, de duiding van begrippen als "gemeen recht" en "keizerrecht" en de verhouding tussen het canonieke en Romeinse recht in Friesland. Het is vanwege het ontbreken van een volledige ontsluiting van het omvangrijke archief van het Hof van Friesland niet verwonderlijk dat in geen van de genoemde studies – voor zover dat relevant zou kunnen zijn – voorbeelden uit de rechtspraktijk van het Hof van Friesland zelf voorkomen die specifiek de verhouding tussen het Romeinse en Friese recht raken.[4]

In het volgende gaat het om een geval waarin juristen zelf verschillend over de toepassing van beide rechten denken.[5] Wat is volgens hen de verhouding tussen het eigen wettenrecht en het Romeinse recht? En: welke rol heeft de Landsordonnantie in dezen? Op basis van nieuw – hoewel zeer beperkt – archiefonderzoek wordt in deze bijdrage een beknopt overzicht gegeven van de argumenten van twee advocaten in een zaak over dierschade bij het Hof van Friesland aan het begin van de achttiende eeuw. Daarbij staat de vraag centraal of artikel 3 van boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie van 1602 van dwingend recht was. Het resultaat van deze onderzoekingen draag ik graag op aan Laurens Winkel.

2. "De uitgebroken stier": Drie argumenten voor hoger beroep

Op 17 september 1707 veroordeelt het Nedergerecht van Leeuwarden boer Jacob Jans uit Willaersterterp, een buurschap ten oosten van de stad Leeuwarden, tot het vergoeden van de schade die eiser boer Pieter Pieters heeft geleden door het uitbreken van Jans' stier, en tot vergoeding van de proceskosten.[6] Deze stier had schade veroorzaakt door op het aangrenzende stuk land dat Pieters in gebruik had, te grazen en Pieters' koeien te bespringen. Aan dit vonnis gaat een langlopend conflict vooraf. Pieters heeft namelijk reeds in 1705 een poenale ordonnantie, dwz een verbod, gekoppeld aan een dwangsom,

Utrecht) (Zwolle, 1950); R Feenstra "Keizerrecht en Romeins recht in Friesland, kanttekeningen bij de jongste literatuur over dit onderwerp in verband met een onuitgegeven geschrift van SH van Idsinga" deel 11 nr 1 *Verslagen en mededeelingen der Vereeniging tot uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandsche Recht* (Utrecht, 1954) 177-252; en P Gerbenzon "Enkele nieuwe gegevens over de receptie van het Romeinse recht in Friesland" (1959) 27 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 133-157.

4 De civiele zaken zijn namelijk alleen toegankelijk op de namen van de partijen (DP de Vries "Het Hof van Friesland en zijn schriftelijke nalatenschap in vogelvlucht" in: DP de Vries en P Nieuwland (reds) *500 jaar Hof van Friesland bijdragen aan het herdenkingssymposium gehouden te Leeuwarden 24 september 1999* (Hilversum, 2000) 22.

5 Zie voor het begrip Rooms-Friese recht, JHA Lokin "Hoe Rooms waren de Friezen?" in: De Vries en Nieuwland (n 4)) 75-85. Zie ook Lokin *et al* (n 1) passim.

6 Zie Leeuwarden, Tresoar, Archief Hof van Friesland, inv nr 9300, bij het libel overlegd bewijsstuk met de letter A. Zie ook Historisch Centrum Leeuwarden, definitief sententieboek, 2 1 1 14 O80 (3) fol 157 en 158. Zie voor de manier van procederen BS Hempenius-van Dijk *Hof van Friesland. De hoofdlijnen van het procederen in civiele zaken voor het Hof van Friesland zowel in eerste instantie als in appel* (Hilversum, 2004).

tegen Jacob Jans gevraagd, omdat Jans' stier herhaaldelijk in zijn land rondliep. Op 10 september van datzelfde jaar vaardigt het Hof inderdaad een poenale ordonnantie uit tegen Jans met de gerechtelijke aanzegging de stier op te binden of te koppelen (tot een koppel (aan een koe) binden, zodat de bewegingsvrijheid van de stier wordt beperkt). Kennelijk houdt Jans zich hier niet aan en start Pieters een procedure. Zodra de sententie is uitgesproken verklaart Jacob Jans – al dan niet vertegenwoordigd door zijn procureur-postulant, Annius Elgersma – dat hij in hoger beroep gaat (art 3). Op 7 november stond de zaak voor het eerst op de rol en diende dr Henricus Popta, de advocaat en procureur die Jacob Jans in de arm genomen had, van libel. In dit stuk zette Popta in 28 punten, artikelen genoemd, de bezwaren van zijn cliënt tegen het vonnis van het gerecht van Leeuwarden uiteen. Hij poneert daarbij drie hoofdargumenten. Geen van deze argumenten is nieuw. In eerste instantie poneerde Annius Elgersma, die Jacob Jans toen bijstond, namelijk precies dezelfde argumenten.[7] De hoofdargumenten worden door Popta respectievelijk in de artikelen 9, 15 en 22 in het libel weergegeven:[8]

> 9. Primo, omdat de app*elleer*de in 't vorderen van dese prætense en*de* onkundige schaden procedeert direct tegens 's Lands Ord*onnan*tie … .
>
> 15. Secundo, omdat, bijaldien des app*ella*nts bolle bij des appelle*e*rdes koeijen in sijn land waren geweest, dat de app*ella*nt niet weet, de app*ellee*rde selff daer van de oirsaeck is geweest … .
>
> 22. Tertio, omdat de app*ella*nt, orig*inel*e ge*daech*d*e*, geen de minste kennisse heeft dat sijn bolle een dagh à drie in Junio en*de* op den 19 Julij weder in des Imp*etran*ts Landt soude hebben gaen grasen … .[9]

In deze drie argumenten gebruikt Popta zowel het Romeinse als het Friese recht. Het tweede meer feitelijke argument onderbouwt Popta met de bewering dat Pieter Pieters de gehele zomer zijn deel van de scheidssloot niet heeft willen slatten (uitdiepen) (art 16), zoals Jans zelf wel had gedaan. Bovendien zou Pieters zijn hek niet in een behoorlijke staat hebben gehouden. Hierdoor lag het hek tussen de beide stukken land meestal op de grond. Jans heeft dit hek vaak weer rechtop gezet en vastgebonden (artt 17-18). Pieters is volgens Popta dus *zelf* de oorzaak van het feit dat de stier in zijn land kon komen. Met een verwijzing naar de Digesten (D 50 17 203) rondt hij dit argument af: de gevolgen van schade geleden door eigen schuld, wordt iemand geacht niet te lijden (art 21).[10]

Bij zowel het eerste als het derde argument wijst Popta uitdrukkelijk op de Landsordonnantie van Friesland. Deze argumenten gaan elk in op hetzelfde artikel, en wel artikel 3 van titel 3 van boek 2. In het eerste argument wijst Popta op het feit dat

7 Zie n 6.

8 Zie voor dr Henricus Popta, H de Jong "Henricus Popta, advocaat bij het Hof van Friesland (1635-1712)" (2012) 14-2 *Pro memorie* 147-174.

9 Leeuwarden, Tresoar, Archief Hof van Friesland, inv nr 9300.

10 D 50 17 203, *Pomponius libro octavo ad Quintum Mucium* "Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire." (*Pomponius, op Quintus Mucius VIII* "Schade die iemand door eigen schuld lijdt, wordt niet geacht schade te lijden.")

de eiser bij de vordering van de schade zijn verplichtingen die volgens Popta kennelijk dwingend voortvloeien uit het genoemde artikel niet is nagekomen. Zoals de woorden van het opschrift, namelijk "nieuwe ordonnantie", al aangeven, is artikel 3 een aanvulling op de Saksische Ordonnantie, waaraan het tweede artikel van titel 3 van boek 2 ontleend was. Het betreft het volgende artikel:

> Statuten etc. van Frieslant 2 3 3
>
> III Nieuwe Ordonnantie.
>
> Om welck [bedoeld is schadevergoeding] te becomen zalmen de beesten mogen op binden / sonder de selve nochtans te slaen ofte qualijcken te tracteren; ende den eyghenaer voorts binnen twee uren na de opbindinghe / daeraf verwittighen. De welcke ghehouden zal zijn alsulcken schade te boeten tot tauxatie vanden Dorprechter: By wiens tauxatie indien yemand hem bezwaert vindt / zal binnen acht daghen daerna de sake voor den Ordinaris Rechter moghen beroepen / maer nochtans des Dorprechters tauxatie by provisie gheexecuteert worden ... .

In de artikelen 10-13 van zijn libel stelt Popta dat Pieters Jans' stier niet uit zijn eigen land heeft gehaald en dat hij Jans daarna ook niet binnen twee uur heeft gewaarschuwd (art 10). Hij heeft het voorschrift van artikel 3 van de Landsordonnantie niet nageleefd. Volgens Popta kan pas *hierna* schadevergoeding worden gevorderd. De eiser procedeert derhalve volgens Popta rechtstreeks in strijd met de Landsordonnantie (art 12), aangezien hij niet heeft voldaan aan de door de Landsordonnantie gestelde voorwaarden. Deze onjuiste handelwijze onderbouwt Popta met een verwijzing naar de Codex, C 1 14 5*pr* (art 13):

> C 1 14 5*pr, Impp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp:* "Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem … ." (*De doorluchtige keizers Theodosius en Valentinianus aan Florentinus, Pretoriaans Prefect:* "Het is niet twijfelachtig dat hij die de letter *(verba)* van de wet omarmt, maar tegen de wil (voluntas) van de wet ingaat, tegen de wet handelt … .")

Met deze verwijzing wijst Popta op het feit dat het letterlijk opvatten van de wet niet juist hoeft te zijn, en specifiek, in deze casus niet juist is. Het niet behoorlijk naleven van de Landsordonnantie wordt met een verwijzing naar het Romeinse recht gestaafd. Popta voegt toe dat door het handelen van Pieters onnodig kosten worden gemaakt en dat de eiser alleen procedeert met de bedoeling om Jacob Jans te kwellen.

Het derde argument benadrukt het feit dat Jacob Jans niet heeft geweten dat zijn stier op Pieters' land rondliep (art 22). Popta verwijst niet expliciet naar een artikel, maar hij moet hiermee duiden op artikel 2, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie:

> Statuten van Frieslant 2 3 2
>
> Item / wie den anderen schade doet met sijn beesten / zal de schade in maten als hem overghewesen wordt betalen. Ende doet hy ander-werven boven verbiedinghe / alsodanighe zal hij dubbeld betalen.

Popta herhaalt vervolgens, zonder het artikel te noemen, kort de reeds genoemde verplichtingen uit artikel 3, waar Pieters zich volgens hem aan had moeten houden (art 23). Hij voegt daaraan laatstelijk toe dat de Landsordonnantie niet voor niets is gemaakt (art 26): "Soo 's Lands *Ordonnantie* vergeeffs niet is gemaeckt."

Met name de weerlegging van de stelling in de artikelen betreffende het eerste argument, en daarmee ook het derde argument, zijn interessant. De rechtsvraag in dezen die beantwoord moet worden, is: is artikel 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie van dwingend recht? Henricus Popta beantwoordde deze vraag bevestigend, Sibrandus Mellama, de advocaat en procureur van Pieter Pieters, ontkennend.

3. Van antwoord, via repliek en tripliek naar quadrupliek

Bij Popta's standpunt zijn kanttekeningen te plaatsen, zoals Sibrandus Mellama in zijn 41 artikelen tellende antwoord dan ook doet. Het dwingende karakter van artikel 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie ontkent Mellama uitdrukkelijk (art 8). Hij meent nu juist dat artikel 3 een recht en privilege is (art 17), en juist geen verplichting bevat (art 14). Daarbij voert Mellama aan dat in het betreffende artikel het woord "mogen" de betekenis heeft van "kunnen" en niet van "moeten" (art 12).[11] Pieters had de stier van Jans dus kunnen opbinden, maar was daartoe niet verplicht.

Popta benadrukt daarentegen in verschillende artikelen in zijn repliek het feit dat de Landsordonnantie dient te worden geraadpleegd, en van dwingend recht is. Daarover zijn geen misverstanden mogelijk.[12] Dat iemand de keuze zou hebben om deze bepaling al dan niet in acht te nemen, wijst Popta onder andere in de volgende artikelen resoluut af:

> 8. Als wesende 's Lands Ord*onnan*tie lib. 2. tit. 3. § 2. & 3. een wett die niet negeert magh worden ... .
>
> 16. Welke wett niet vergeeffs is gemaeckt, maer tot verbintenisse en achtervolginge van de algemeene Ingesetenen ten platten Lande.

Als de Landsordonnantie van toepassing is, dan houdt dat volgens Popta in dat er verbintenissen ontstaan. Het geheel van artikelen is daarmee niet vrijblijvend. Popta gaat nader in op de interpretatie van de twee opeenvolgende artikelen 2 en 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie:

> 14. Soo 's Lands Ord*onnan*tie onwedersprekelijk dicto loco [= in boek 2, titel 3] een absolute wett is in §. 2. tot buetinge [= vergoeding] van schade ende in §. 3. praescribeert een *formam* hoe dieselve te becomen is en*de* becomen moet worden.

11 Vgl ook *licet* in *De legibus abrogatis,* D 9 2 39 1 (zie S van Groenewegen van der Made *Tractatvs de legibvs abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisqve regionibus* (Lvgdvni-Batavorvm, 1649). Zie voor het fragment met vertaling *infra* n 16.

12 Zie ook Popta (repliek) artt 9-13.

Beroept men zich op artikel 2 van titel 3 van boek 2 van de Landordonnantie, dan dient men zich volgens Popta ook te houden aan artikel 3.[13] Artikel 3 schrijft namelijk voor op welke manier (*forma*) de schade moet worden gevorderd. Ook Annius Elgersma die Jacob Jans in eerste instantie bij het Nedergerecht Leeuwarden bijstond als procureur-postulant wees erop – hoewel zonder nadere onderbouwing – dat artikel 3 een uitwerking is van artikel 2. Elgersma formuleert het iets anders en zegt dat de Landsordonnantie boek 2, titel 3, artikel 3 *dicteert wel expres* … .[14]

Om de stelling, dat de Landsordonnantie is een zuivere en absolute wet, die in alles nagevolgd moet worden te staven, verwijst Popta in de artikelen 22-25 naar fragmenten uit *de Practicae observationes ad processum iudiciarium imperialis camerae* (1578) van Andreas Gaill (1526-1587).[15] Ter wille van het begrip geef ik de fragmenten uitgebreider weer dan dat zij in Popta's repliek staan:

> Gaill Obs 1 124 1-2 "... quod forma legis vel statuti non servata, non valeat actus. Quia forma est, quae dat esse rei." (Dat wanneer niet het vormvoorschrift van een wet of statuut in acht wordt genomen, de handeling niet geldig is. Het vormvoorschrift is namelijk datgene dat aan een zaak bestaansrecht geeft.)
>
> Gaill Obs 2 33 1-2 "Regulariter statuta ad unguem, et ad litteram, prout jacent, accipienda sunt, ita ut generaliter scripta, generaliter quoque intelligi debeant: adeo, ut non expressa statutorum ratione, magis verba consideranda sint, quam ratio … 2 quia opinio statuentium pro ratione habetur: sufficit quod statuentes existiment statutum esse bonum ... ." (In de regel worden statuten precies en naar de letter, al naar gelang zij zijn neergeschreven, opgevat, zo dat woorden die in het algemeen zijn geschreven, ook in het algemeen moeten worden begrepen: zozeer dat, wanneer de *ratio* van de statuten niet is uitgedrukt, eerder de woorden dan de *ratio* in ogenschouw moeten worden genomen … 2 omdat de mening van de opstellers van de statuten voor de *ratio* wordt gehouden: het is voldoende dat de opstellers een statuut als goed beoordelen ... .)

Gaill legt uit wat hij met *forma* bedoelt, namelijk de manier van handelen die de wet voorschrijft. In het tweede fragment van Gaill staat dat de statuten (*statuta*) in de regel letterlijk moeten worden geïnterpreteerd. De zienswijze (*opinio*) van de opstellers wordt vervolgens opgevat als de bedoeling (*ratio*) van de wet. Popta zegt dat je de *opinio* van de wet – interpretatie naar de "geest van de wet" – moet volgen. In casu berust de interpretatie van Mellama die tegen de *opinio* van de wet ingaat, dus naar Popta's

13 Ulrik Huber (1636-1694) heeft alleen de artt 2 en 3 in zijn *Heedendaegse rechtsgeleertheyt* (1686) als op elkaar volgend geïnterpreteerd. Huber verwoordt deze artikelen als volgt: "Van gelijken schade door de beesten gedaen, wort voor d'eerste reise enkel, en voor de tweede mael dubbelt betaelt, tot welken einde men het beest mach opbinden en den eygenaer binnen twee uiren daer van verwittigen, die de schade tot tauxatie des Dorprechters sal boeten, en moet des selfs uitsprake voldaen worden, niet tegenstaende beroep tot den ordinaris Rechter, het welke binnen acht dagen kan geschieden." (U Huber *Heedendaegse rechtsgeleertheyt, soo elders, als in Frieslandt gebruikelijk* deel 2 (Leeuwarden, 1686) Boek 3, Kapittel 4, nr 25). Ook hier wordt gesproken van een mogelijkheid. Art 1 van de Landsordonnantie komt overeen met nr 30 en staat daarmee op zichzelf.

14 Zie n 6.

15 In het archief van het Hof van Friesland bevindt zich een uitgave van 1601 en een van 1635 (Tresoar, Leeuwarden Hof 337 quarto en Hof 120 quarto). Zie voor Andreas Gaill, K van Kempis *Andreas Gaill (1526-1587). Zum Leben und Werk eines Juristen der frühen Neuzeit* (Frankfurt am Main, 1988).

visie op een onjuist begrip van de wet. De fragmenten bij Gaill stemmen inhoudelijk overeen met de hierboven geciteerde Codextekst. Het betreft steeds de interpretatie van de wet, dat wil zeggen de verhouding "letter van de wet" (*verba/littera*) en "geest van de wet" (*voluntas/opinio*). Kennelijk gaat Popta er van uit dat als de Landsordonnantie van toepassing is, dan conform de bedoeling van de wetgever alle artikelen, de kwestie betreffend, nageleefd moeten worden: de artikelen van de Landsordonnantie zijn van dwingend recht, ook artikel 3, boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie. Mellama reageert hier in de dupliek als volgt op:

> 9. Jae dat dit maer een bloot privilegie is, gegeven aen een beledigde in cas van geleden veldschaden, boven 't gemeen Keijserl*ijk* recht, omme 't conen gebruijken, soo hij ordinaris niet wil procederen ad *reparandum damnum* [= om schade vergoed te krijgen].
>
> 10. Maer geensins, omme aen dese manier van procederen *in causa damni passi* [= in geval van geleden schade] absoluit verpligt en gebonden te sijn met uijtsluijtinge der ordinaire actie *ex jure scripto* [= op grond van geschreven recht] hem geschapen.

In artikel 9 van de dupliek gaat Mellama expliciet in op de verhouding tussen het Romeinse en Friese recht: het landrecht gaat boven het Romeinse recht. Hij verwijst voor het Romeinse recht impliciet naar Digestenfragment, D 9 2 39 1.[16] Mellama zegt dat het artikel uit de Landsordonnantie *kan* worden gebruikt, *boven* het Romeinse –'t gemeen keizerlijke recht, zo hij de schadevergoeding niet op de gewone wijze wil vorderen. Het artikel is een "bloot" voorrecht. Je *hoeft* er dus geen gebruik van te maken. Mellama verwijst daarbij naar de bewoordingen van het artikel, en niet naar de gehele Landsordonnantie als zodanig, zo blijkt uit het vervolg van de zin. Hij wijst dus eigenlijk

16 D 9 2 39 1 *Pomponius libro septimo decimo ad Quintum Mucium*: "Pomponius. quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendit, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, non iure id includit, nec agere illud aliter debet quam ut supra diximus quasi suum: sed vel abigere debet sine damno vel admonere dominum, ut suum recipiat." (*Pomponius, Commentaar op het ius civile, boek XVII* "Pomponius: ook al treft iemand andermans vee op zijn eigen land aan, hij moet dit op zodanige wijze er af jagen als wanneer hij zijn eigen vee daar had aangetroffen; als hij door dit feit enige schade ondervindt, heeft hij daarvoor speciale acties. Wie derhalve andermans vee op zijn eigen land aantreft, heeft geen recht het in te sluiten en hij behoort het niet te verdrijven op een andere wijze dan wij hierboven hebben aangegeven, d.w.z. alsof het zijn eigen vee was. Hij moet of het verjagen zonder schade toe te brengen of de eigenaar aanmanen dat hij zijn vee moet komen terughalen.") Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652) heeft in zijn werk over de afgeschafte regels van het Romeinse recht (zie *supra* n 11) aangegeven dat deze regel uit het *Corpus iuris civilis* reeds in de zeventiende eeuw in vele gewesten in onbruik was geraakt. *De legibus abrogatis*, D 9 2 39 1 "Nostris et aliorum moribus pecus alienum in agro nostro deprehensum publico stabulo (*schuthok*) includere atque mancipare jure licet … quod & multorum pagorum statutis nominatim cautum est, dixi ad Grot. dict. loc." ("Naar onze zeden en die van anderen is het rechtens geoorloofd andermans vee dat op ons land is aangetroffen in een schuthok op te sluiten en te vervreemden … dat dit ook uitdrukkelijk wordt verordend in de statuten van vele gewesten heb ik gezegd in mijn commentaar op De Groot op de genoemde plaats.") In deze tekst verwijst Van Groenewegen van der Made specifiek naar zijn eigen opmerking nr 14 bij de bewerking van boek 3 titel 38 §11 van *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid* van Hugo de Groot (1583-1645). In deze opmerking verwijst hij expliciet naar de Landsordonnantie van Friesland, boek 2 titel 3, art 3, het volgens advocaat Henricus Popta door de eiser niet nagevolgde artikel.

op de gelaagdheid van het recht: het Romeinse recht gaat voor, tenzij het landrecht een andere regeling biedt. Dit landrecht hoeft naar de bewoordingen niet van dwingend recht te zijn. Mellama wil zijn beweringen ondersteunen met een sententie van het Hof, maar de datum van de sententie is ongelukkigerwijs niet uitgeschreven.[17]

In tripliek en quadrupliek worden geen nieuwe argumenten voor hun standpunt meer door de advocaten Popta en Mellama geformuleerd. Er volgt een interlocutoire sententie, waarin het Hof de partijen opdraagt door middel van getuigenbewijs wat zij ten aanzien van de feiten hebben beweerd aannemelijk te maken. Uiteindelijk verklaart het Hof op 20 december 1710 de appellant bij het vonnis van de rechter van het Nedergerecht niet te zijn bezwaard, dat wil zeggen het vonnis blijft in stand en Jans moet de schadevergoeding betalen. Het beroep van Henricus Popta faalt dus. Vanwege het gebruikelijk ontbreken van de motivering van de uitspraak is het ongelukkigerwijs niet duidelijk hoe het Hof in deze casus dacht over de verhouding tussen het landrecht en het Romeinse recht, en de interpretatie van de toepassing van de Landsordonnantie. Dit blijft in dezen onbekend, hoewel het er alle schijn van heeft dat het Hof Mellama is gevolgd.

4. Aantekeningen bij en de herziening van de Landsordonnantie

In geen van de onuitgegeven aantekeningen bij de Landsordonnantie, zoals die van Joannes en Theodorus Saeckma (respectievelijk (1572-1636) en (1610-1666)),[18] wordt over het punt van de keuzemogelijkheid gerept. Wel wordt in de aantekeningen bij de woorden "mogen opbinden", de vraag gesteld of de gelaedeerde het dier zolang als de schade nog niet vergoed is, onder zich kan houden.[19] Dit is volgens Jacobus Cancerius (1520-1592), naar wie de Saeckma's verwijzen, niet altijd het geval, bijvoorbeeld als de eigenaar bekend is. De gelaedeerde kan in dat geval gewoon tegen de eigenaar procederen.[20] Ook de *Consideratiën op de Landsordonnantie* ingediend op 12 oktober 1686 door de advocaten J Beucker, A Renici, Otto van Bolten en Johan van Lennep, bevatten op het door Popta betwiste punt, geen aanvullingen of verbeteringen.[21]

17 Zie art 11 van de dupliek. "Heeft 't Hoff in contradictorio [= in het tegendeel] nae volschreven proces gesententieert tusschen … op den … ."

18 Zie O Vries *et al De heeren van den raede biografieën en groepsportret van de raadsheren van het Hof van Friesland (1499-1811)* (Hilversum, 1999) nrs 128 en 147.

19 Zie bijvoorbeeld *Statuten, ordonnantien en costumen van Friesland* (1602) met aantekeningen van Joannes en Theodorus Saeckma (oorspronkelijk ca 1615), Leeuwarden, Tresoar, Hs 1541, lib 2 3 3. Er zijn nog twee latere andere handschriften met dezelfde opmerking, Tresoar, *Commentarius ad statuta Frisiae collectus et consarcinatus* Hs 8573 (ca 1675) en Tresoar, *Statuten, ordonnantien en costumen van Friesland*, Hs 535 (1699).

20 J Cancerius *Variae resolutiones iuris caesarei, pontificij, & municipalis principatus Cathaloniae* 1635-1646 cap 10 nr 86 (zie n 19).

21 Zie *Groot placaat en charter-boek van Vriesland* VI (Leeuwarden, 1795) 1-2. Zie voor de consideratiën, Leeuwarden, Tresoar, Verzameling Handschriften, afkomstig van de Provinciale Bibliotheek, inv nr 263, 264 265 en 1178. Zie ook Leeuwarden, Tresoar, Gewestelijke bestuursinstellingen van Friesland 1580-1795, inv nr 954 en 955. In dit laatste document begint art 3 abusievelijk met: "Om welke te betalen". Het lijkt hier om een homoioteleuton te gaan, art 2 eindigt met het woord "betalen".

In de herziene Landsordonnantie van 1723 die het onderwerp van de commentaren van Dominicus Aggaeus Hamerster (1689-1774) en Simon Binckes (1731-1786) is,[22] luidt het meergemelde artikel 3 niet anders. Kennelijk is er geen onduidelijkheid omtrent de bewoordingen van onderhavig artikel.

5. Conclusie

In de hoger beroepszaak van Jacob Jans tegen Pieter Pieters betreft één van de rechtsvragen de interpretatie van artikel 3 van boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie: is dit artikel van dwingend recht? Om deze vraag te beantwoorden wordt door de advocaten Henricus Popta en Sibrandus Mellama niet alleen ingegaan op de verhouding tussen de eerste artikelen van boek 2, titel 3 van de Landsordonnantie onderling, maar ook zijdelings op de verhouding tussen het landrecht en het Romeinse recht. Popta meent als advocaat voor de appellant dat het genoemde artikel 3 van de Landsordonnantie naar de "geest van de wet" moet worden geïnterpreteerd, dat wil zeggen dat dit artikel een dwingend voorschrift is. Om schadevergoeding te kunnen vorderen in geval een beest op andermans stuk land komt (art 2), *dient* de eiser zich dus te houden aan de in artikel 3 voorgeschreven regels. Hij onderbouwt zijn interpretatie van de Landsordonnantie met een verwijzing naar het Romeinse recht, in het bijzonder de Codex, en met een verwijzing naar de *Practicae observationes* van Andreas Gaill. Er zijn geen aanwijzingen gevonden in de genoemde onuitgegeven aantekeningen bij het artikel die Popta in zijn interpretatie steunen.

Volgens Popta interpreteert Mellama het artikel abusievelijk naar de "letter van de wet", dus *tegen* de "geest van de wet". En daarmee is Mellama's interpretatie in zijn ogen onhoudbaar. Mellama meent nu juist dat men zich *boven* het Romeinse recht op dit artikel *kan* beroepen, maar dat is in dit geval niet nodig, omdat zijn cliënt afziet van het voorrecht. Jacob Jans verliest uiteindelijk wederom de zaak.

22 In het Ontwerp van een Landsordonnantie wordt hierover bij het betreffende artikel niets gezegd (zie Leeuwarden, Tresoar, Archief Hof van Friesland, inv nr 2). Ook in het latere commentaar op de Landsordonnantie van Hamerster worden de woorden "om welck te becomen" niet becommentarieerd. Bij de woorden "mogen opbinden" staat: "Volgens Keyzerlyke Rechten vermochte men dit niet te doen, zoo als klaarlyk geblykt" (84). Hierna volgt de Latijnse tekst met uitleg van D 9 2 39*pr*. De tekst gaat als volgt verder: "Zoo dat hier by onze Statutaire Wet iets meer word toegestaan, als na gemeene rechten geoorloft was … ." (84). Uit dit commentaar blijkt niet dat het karakter dwingend is (zie D Hamerster *Naukeurige en duidelyke verklaring over de statuten, ordonnantien, reglementen, en costumen van rechte in Frieslandt, volgens staats resolutie van den 12 Maart 1722 gedrukt en gepubliceert* (Leeuwarden, 1741) 83-86). In het commentaar van Binckes staat het volgende over het aansluiten van de artt 1-3: "Voorts, schoon dit Art, *voornamentlijk* op het naastvoorgaande 2. slaat, zal het egter ook toepasselijk mogen worden gemaakt op het 1. voor zoo veel het *aferten* betreft." (S Binckes *Verklaaringe van de statuten, ordonnantien, reglementen en costumen van rechte in Friesland, anders genaamd, 's Lands Ordonnantie* deel 2 (Leeuwarden, 1785) 64). Ook hier geeft het woord "mogen" een keuzemogelijkheid.

Abstract

On 17 September 1707, in the court of first instance in Leeuwarden, farmer Jacob Jans was ordered to compensate farmer Pieter Pieters for the damage his bull caused by grazing on Pieters' land and by serving Pieters' cows. Jans, represented by lawyer Dr Henricus Popta, appealed to the Court of Friesland. Pieters was represented by Dr Sibrandus Mellama. The main question concerned the interpretation of the Landsordonnantie: is article 3, book 2, title 3 of the Landsordonnantie imperative law? Article 3 deals with damage caused by another's animal. The lawyers not only considered the relationship between the articles of the Landsordonnantie, but also the relationship between the Landsordonnantie and Roman law (Roman-Frisian law). Popta argued that article 3 should be interpreted in the "spirit of the law" and that for the purpose of claiming compensation for the damage caused by someone else's animal, the article contains a mandatory rule. According to Popta, Pieters did not comply with this rule and Jans could not be liable for the damage. He based his interpretation of the Landsordonnantie on Roman law, in particular the Codex, and on the *Practicae Observationes* of Andreas Gaill. Popta averred that Mellama's contention that article 3 could be invoked above Roman law as it was not drafted in a peremptory manner, was according to the "letter of the law" and against the "spirit of the law". The Court nevertheless refused the appeal.

QUANTI EA RES ERIT: WAT VERTELLEN WE ONZE STUDENTEN?

J.H. Dondorp*

1. Inleiding

Al in 1950 waarschuwde de Oxfordse professor F.H. Lawson (1897-1983) zijn lezers hoe moeilijk het is vast te stellen wat de precieze bewoording is geweest van caput 3 van de lex Aquilia. Dertig jaar later kwam hij tot de conclusie dat een halve eeuw discussie niet heeft geleid tot een definitief antwoord.[1] Van vrijwel elk woord in D. 9.2.27.5, waar Ulpianus caput 3 lijkt te citeren, acht R. Zimmermann de betekenis omstreden:[2]

> *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum* Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: Caeterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit[3] in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.

Hier zal vooral de onzekerheid betreffende de interpretatie van de woorden *quanti ea res erit* ons bezighouden. Zoveel staat wel vast: die woorden hebben betrekking op het bedrag dat degene die de schade veroorzaakt moet betalen. Maar hoe moet dat bedrag worden bepaald? Is dat een kwestie van schadeberekening of spelen andere factoren een rol? In onze tijd, waarin abstracte en concrete schadeberekening, voordeelstoerekening

1 F.H. Lawson, *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950, 6; F.H. Lawson & B.S. Markesinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common law and the Civil law*, (Cambridge Studies in International and Comparative law NS 1), I, Cambridge 1982, 5. Zie voor een overzicht van de verschillende opvattingen: 5-10; zie ook het literatuuroverzicht in H. Hausmaniger, *Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia*, Wien 1990, 11-12.

2 Aldus R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, *Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, 966.

3 *Quanti ea res erit* in D. 9.2.27.5 wordt heel verschillend vertaald: door Feenstra en Spruit als "zoveel geld als die zaak waard zal zijn" in: J.E. Spruit (ed.), *Corpus iuris civilis, Tekst en vertaling,* II, Zutphen 1994, 723; door C. Kolbert als "whatever the damage shall prove to be worth" in A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, I, Philadelphia 1985; met "soviel Kupfergeld wie die Sache wert war" in: O. Behrends e.a., *Corpus iuris civilis. Text und Übersetzung*, II, Heidelberg 1995, 747; met "so viel Geld wie die Angelegenheid sein wird" in Hausmaninger (n. 1), 61.

* Universitair Docent Rechtsgeschiedenis, Vrije Universiteit Amsterdam.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 206-215

en *Gewinnherausgabe* van onrechtmatig verkregen voordeel in het centrum van de wetenschappelijke bezinning staan, heeft de vraag, hoe de Romeinen met deze problemen omgingen een onverwachte actualiteit. Een eenvoudig antwoord op die vraag is niet mogelijk, maar die constatering voert onmiddellijk tot een tweede vraag, namelijk in hoeverre de onzekerheid omtrent de berekening van de boete wegens zaaksbeschadiging mag (moet) doorklinken in het onderwijs. De meningen daaromtrent weerspiegelen zich ongetwijfeld in de aan de Nederlandse universiteiten[4] gebruikte leerboeken. Het leek daarom gepast om aan Laurens Winkel in deze bijdrage aan diens *Liber amicorum* te onderzoeken hoe deze leerboeken in de loop der jaren de hierboven vermelde woorden *quanti ea res erit* voor hun gebruikers, de studenten, hebben belicht. Per slot van rekening was het Laurens Winkel die de geschiedenis van de onrechtmatige daad als bijzonder onderwerp heeft gekozen voor het onderwijs aan de Erasmus Universiteit en wiens bewerking van Feenstra's *Vergelding en vergoeding* naar ik hoop binnenkort zal worden herdrukt.

2. Hijmans en Van Oven

Hoe verschillend de rechtshistorici caput 3 uitleggen is voor het eerst zichtbaar in de leerboeken van Hijmans en Van Oven. Tot dan kreeg de uitleg van D. 9.2.27.5 weinig aandacht.[5] De Amsterdamse hoogleraar I.H. Hijmans (1869-1937) leerde zijn studenten dat de lex Aquilia in het Justiniaanse recht anders werd toegepast dan in de klassieke periode. In de tweede druk, die in 1927 verscheen, wees hij bovendien op het verschil tussen het oorspronkelijke bereik en dat in het klassieke recht:

> De oudste uitbreiding van de lex Aquilia is geschied door *ruperit* te lezen alsof er *corruperit* stond … Nog krasser is het dat de woorden van het derde hoofdstuk (*usserit, fregerit, ruperit*) ook betrokken werden op de in het eerste hoofdstuk genoemde slaven en vee.[6]

De gedachte dat het verwonden van slaven en vee oorspronkelijk niet onder de lex Aquilia viel, was in 1922 verdedigd door H.F. Jolowicz (1890-1954), toen lector Romeins recht in Londen en Oxford.[7] Hij stelde dat caput 3 ooit alleen oog had op het vernietigen van

4 Zie voor de uitleg in de recente Vlaamse leerboeken n. 36.

5 Hijmans' voorganger M. Cohn gaf bijvoorbeeld les op basis van Dernburg's Pandekten, waarin slechts staat dat de wijze waarop de lex Aquilia de waarde van de zaak bepaalt, niet is gerecipieerd. Vgl. H. Dernburg, *Pandekten*, Berlijn 1886, II, 342. Voor de Utrechtse studenten vertaalde en bewerkte J. Hamburger (A. Dzn.) in 1919 Bonfante's *Istituzioni di diritto romano*. Vgl. P. Bonfante/J. Hamburger, *Grondbeginselen van het Romeinsche recht*, Groningen 1919, 534: "men (moet) dan de hoogste waarde vergoeden, die het dier of de slaaf of het voorwerp had in de voorafgaande dertig dagen." Over de berekening van de boete zweeg de Groningse hoogleraar H.L. Drucker, die het leerboek van zijn voorganger W. Modderman (1836-1882) voltooide kort voor hij naar Leiden vertrok. Vgl. M. Modderman, *Handboek voor het Romeinsch recht*, *vervolgd door H.L. Drucker*, Groningen 1887, 131.

6 I.H. Hijmans, *Romeinsch verbintenissenrecht*, Zwolle 1918, 1927[2], 267.

7 Vgl. H.F. Jolowicz, The Original Scope of the Lex Aquilia and the Question of Damages, *LQR* 38 (1922), 220-230, 221.

zaken. Zo was duidelijk wat bedoeld is met *quanti ea res* (*fuit*),[8] namelijk de waarde van het vernietigde object. Aldus toegepast achtte hij de regeling ook rechtvaardig: wie andermans zaak vernietigt, moet de schade vergoeden – rekening houdend met prijsschommelingen van slaven en vee in het afgelopen jaar.

Ten aanzien van de hoogte van de boete in het klassieke recht leerde Hijmans dat twee situaties moeten worden onderscheiden: De eerste, waarin andermans zaak is vernietigd, lijkt op het doden van slaven en vee. Vanaf de tijd van Sabinus wordt aangenomen, dat de *hoogste* waarde wordt gevorderd die de zaak in de laatste dertig dagen heeft gehad. Het andere geval betreft verwonding en beschadiging. Dan wordt de hoogste waarde in de dertig dagen ervóór vergeleken met die na de beschadiging en het verschil gevorderd.[9]

> Met deze actie wordt geëischt de hoogste waarde, die de vernielde zaak, bij slaven en vee in het laatste jaar, en bij andere zaken in de laatste dertig dagen had gehad. Wel is waar ontbrak in het derde hoofdstuk het woord *plurimi* maar de juristen lazen de wet, alsof het ook daar stond … Is de zaak niet vernietigd maar slechts beschadigd, dan vertegenwoordigt de hoogste waarde het bedrag van waar uit de waardevermindering is te berekenen.[10]

In de tweede eeuw hanteerden Celsus en Julianus deze berekening nog, maar Justinianus zeker niet, aldus Hijmans. Justinianus gebruikte "den meer modernen maatstaf van het *interesse*, het verschil tussen den voor en den na de daad bestaande toestand".[11] Dat in Instituten 4.3 de maatstaf van de lex Aquilia nog wordt genoemd, acht hij een gedachteloos naschrijven van Gaius' Instituten.

J.A. Ankum typeert Hijmans als een uitstekend docent en stilist, maar wijst erop dat hij in zijn inhoudrijkste werken *Romeinsch zakenrecht* (1917) en *Romeinsch verbintenissenrecht* (1918) te veel dat onzeker en betwistbaar is met grote stelligheid voordraagt.[12] Dat is ook hier zichtbaar, wanneer men Hijmans' uitleg van caput 3 vergelijkt met die van zijn Leidse collega J.C. van Oven (1881-1963). Wat een student

8 Jolowicz (n. 7), 225 leest "fuit": zoveel als de zaak waard was. Welke lezing de voorkeur verdient blijft omstreden. Zie J.A. Ankum, *Quanti ea res erit in diebus xxx proximis* dans le troisième chapitre de la lex Aquilia: un fantasme florentin, in: *Religion, société et politique, Mélanges J. Ellul*, Parijs 1983, 171-183.

9 Jolowicz (n. 7), 223 vermeldt dit als de lezing van J. Muirhead; zie diens: The Lex Aquilia by Erwin Grueber, *LQR* 2 (1886), 379-389, 388. Grueber stelde dat "under its provisions the value of the thing was to be paid, without any distinction whether it was destroyed or merely damaged by burning, crushing, breaking. Vgl. E. Grueber, *The Roman Law of Damage to Property, being a commentary ... ad legem Aquiliam*, Oxford 1886; herdr. 2004, 265. Muirhead geeft geen argumenten voor zijn eigen lezing.

10 Hijmans (n. 6), 220. "Met deze actie" is de formulering in de tweede druk, 278. Op dit punt heeft hij zijn opvatting niet aangepast aan die van Jolowicz, volgens wie "the interesse principle was brought in of necessity when the statute was interpreted to include partial damage" rond het begin van onze jaartelling. Vgl. Jolowicz (n. 7), 229.

11 Hijmans (n. 6), 221.

12 Vgl. J.A. Ankum, *s.v.* "Hijmans, Isaac Henri", *Biografisch woordenboek van Nederland 1880-2000* (online uitg.: *http //resources.huygens.knaw.nl/bwn1880-2000* geraadpleegd 1 sept. 2013). Die kritiek vindt men al in Van Oven's recensie van Hijmans' Zakenrecht, *Rechtsgeleerd magazijn* 45 (1926), 533.

onvoorwaardelijk moet weten, zei Van Oven in het voorwoord van zijn leerboek, is te vinden in zijn *Overzicht van het Romeins privaatrecht* uit 1934.[13] Het leerboek, dat hij in de winter van 1942-43 schreef in kamp Boekelo in Twente,[14] moest de student "*bestudeeren,* natuurlijk met het Corpus iuris en Gaius naast zich".[15] Slechts weinig hoefden studenten over caput 3 uit het hoofd te leren:

> Het derde hoofdstuk stelt als straf op het onrechtmatig verwonden van slaven en viervoetig vee alsmeede op het onrechtmatig *urere, frangere, rumpere* van andere zaken de hoogste waarde in de voorafgaande dertig dagen (Gai. 3:217, 218). Voor gedeeltelijke vernieling geldt niettemin de geheele straf.[16]

Wat de student geacht werd te bestuderen, is allereerst wat ooit het oorspronkelijke bereik was van caput 3. Van Oven laat zien dat het antwoord op deze vraag samenhangt met de interpretatie van D. 9.2.27.5, waar Ulpianus volgens de compilatoren de tekst van de lex Aquilia letterlijk citeert. Van Oven stelde dat zij zich hebben vergist – verwijzend naar Jolowicz' artikel en Lenel's reactie.[17] Jolowicz had verdedigd dat het citaat in die tekst begon bij de woorden "caeterarum rerum si quis damnum faxit".[18] Zo opgevat was de lex Aquilia oorspronkelijk slechts van toepassing op het doden van slaven en vee (caput 1) en het vernietigen van zaken (caput 3). Het verwonden van slaven en dieren zou pas later onder het bereik van caput 3 zijn gebracht. Die gedachte verwierp Otto Lenel (1849-1935), omdat van die ontwikkeling geen spoor te zien is in het Corpus iuris.[19] Van Oven prefereerde de lezing van Lenel, volgens wie het citaat begint bij "si quis damnum faxit", zodat het verwonden van slaven en vee vanaf het begin onder caput 3 kan vallen.[20]

Hoe de boete oorspronkelijk werd berekend bespreekt Van Oven niet – tenzij hij per abuis het woord hoogste gebruikte toen hij schreef:

> De boete van 't derde hoofdstuk moet bedoeld zijn als minder zwaar dan die van 't eerste en inderdaad was de kans dat de zaak in de voorafgaande dertig dagen meer waard was dan op 't oogenblik van het delict, geringer dan dat dit in 't laatste jaar het geval was, maar niettemin kon die straf uiterst zwaar en onrechtvaardig wezen, want wij moeten aannemen dat als er een deel van de zaak was beschadigd, hoe gering ook, de straf de waarde der

13 J.C. van Oven, *Overzicht van het Romeinsch privaatrecht*, Zwolle 1934. Het gestencilde collegedictaat van Hijmans' opvolger in Amsterdam dateert rond die tijd: *Romeins verbintenissenrecht naar de colleges van Prof. mr. H.R. Hoetink* (1937). De delicten worden er niet in behandeld.

14 Vgl. het begin van zijn voorwoord: "Met het schrijven van dit leerboek begin ik in een tijd van groote spanning en diepe depressie: ons land en volk zuchten onder vreemde heerschappij, onze universiteit is gesloten, ik zelf ben door de bezettende overheid uit mijn hoogleeraarsambt ontslagen en heb goede reden om te verwachten dat de vijand mij niet in vrijheid zal laten leven. De kansen dat dit boek ooit in druk zal verschijnen, of zelfs maar voltooid worden, schijnen dus zeer gering … ."

15 J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden 1945, Leiden 1947², xvii.

16 Van Oven (n. 13), 67.

17 Van Oven (n. 15), 350 n. 378 met verwijzing naar Jolowicz (n. 7) en de recensie die Lenel schrijft "omdat Engelse tijdschriften hier weinig worden gelezen" in: *ZRG Rom* 43 (1922), 575-577.

18 Vgl. Jolowicz (n. 7), 222.

19 Vgl. Lenel (n. 17), 577.

20 Vgl. Van Oven (n. 15), 350: "Het hoofdstuk is terstond door interpratie ook toegepast op de levende have voorzoover die niet reeds onder 't bereik van caput I viel" en 350 n. 378.

> geheele zaak bedroeg. Wondde dus iemand een slaaf aan een vinger of een tand dan zou de straf bestaan in de hoogste waarde van den ganschen slaaf in de voorafgaande dertig dagen en de eigenaar maakte een niet geringe winst! Men heeft om aan deze onwaarschijnlijkheid te ontkomen o.m. verondersteld dat inderdaad de straf in zulk geval de waarde der geheele zaak betrof, maar dat daarentegen de dader de beschadigde zaak tot zich kon nemen. Dit zou inderdaad een plausibele verklaring zijn, echter wordt ze door geen enkele tekst gesteund en we moeten 't dus als waarschijnlijk aannemen dat het poenale karakter der *actio legis Aquiliae* in dit geval op zeer ongewenste wijze tot uiting kwam. Alleen indien men het beschadigde deel als een afzonderlijke zaak beschouwen kon, werd de waarde van dat deel vergoed, zoals bijv. een scheepstouw (D. 9.2.29.5).[21]

Van Oven laat zien welk probleem D. 9.2.27.5 oproept, wanneer *ea res* wordt vertaald met "die zaak", het object dat gewond of beschadigd raakt. De boete die in de klassieke tijd moet worden betaald is geheel willekeurig, zij staat in geen enkele relatie tot het delict dat de lex Aquilia bestraft, namelijk het onrechtmatig toebrengen van schade. Daarom veronderstelde A. Pernice (1841-1901), dat de eigenaar het gewonde dier of de beschadigde zaak al had afgestaan.[22] Dat is een plausibele verklaring volgens Van Oven, maar één die door geen enkele tekst wordt ondersteund. Hij kan slechts toegeven dat in de boete van de hoogste waarde van de zaak in de afgelopen dertig dagen "het poenale karakter der actio legis Aquilia op zeer ongewenste wijze tot uiting komt".[23]

3. Kaser / Wubbe

In 1967, toen F.B.J. Wubbe al enige jaren hoogleraar Romeins recht in Freiburg was, verscheen zijn Nederlandse bewerking[24] van het leerboek van M. Kaser (1906-1997) dat zo'n twintig jaar lang werd voorgeschreven aan veel faculteiten. Over de boete zei Kaser zelf het volgende:

> Das 1. Kapitel bestraft die Tötung fremder Sklaven und vierfüßiger Herdentiere mit einer Buße im Betrag des Höchstwerts, den der Gegenstand im letzten Jahr hatte (D. 9,2,1pr; G. 3,210). Das allgemeiner gefaßte (vielleicht erst nachträglich angefügte) 3. Kapitel umschließt alle Schädigungen, die jemandem durch Brennen, Brechen, Zerreißen (*urere, frangere, rumpere*) von Vermögensgütern zugefügt werden, und berechnet die Buße nach

21 Van Oven (n. 15), 350-351.

22 A. Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte*, Weimar 1867, 240: "Da nun die Ungerechtigkeit, die Verwundung mit der Tödtung grundsätzlich gleichzustellen, unmöglich ist, so muss man sich vorstellen, der Beschädigte habe zum Ausgleiche das verwundete Tier, die beschädigte Sache hingegeben."

23 Anders dan Lenel wuift hij het probleem niet weg. Vgl. Lenel (n. 17), 577: "So ist diese Bestimmung nur für den obviously unfair, der in ihr eine Regelung des Schadenersatzes erblickt. Fasst man dagegen, wie man muss das q.e.r.e. in his xxx diebus fuerit als poena auf, so ist diese Art Bemessung der poena weniger roh, als die zahllosen festen Geldstrafen, denen wir von den zwölf Tafeln ab bis noch in das Justinianische Recht begegnen." Terecht wijst De Zulueta erop, dat dit niet waar is. Vgl. *The Institutes of Gaius, Part II Commentary by Francis de Zulueta*, Oxford 1953, Oxford 1967[2], 211.

24 M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins privaatrecht*, Zwolle 1967, Zwolle 1971[2].

> dem Wert *in diebus triginta proximis* also wohl innerhalb der letzten 30 Tage vor der Tat (D. eod. 27,5; G 3,217) … .[25]

Dit is een beschrijving van zowel het toepassingsgebied van de lex Aquilia als van de (oorspronkelijke) boete. Caput 3 betrof volgens Kaser alle zaken, die tot iemands vermogen behoren. Dat hij aldus kiest voor de opvatting van Lenel boven die van Jolowicz – een keuze die Van Oven toont in zijn leerboek[26] – is niet zichtbaar.[27] Over de boete zegt Kaser weinig helder[28] dat caput 3 deze berekent "nach dem Wert" in de dichtstbijzijnde dertig dagen voorafgaand aan het delict. Bedoelde hij dat bij alle beschadigingen de boete dezelfde was, namelijk de waarde van de gehele[29] zaak? Wubbe meent van wel, zo blijkt uit zijn vertaling van de passage over caput 3:

> Het meer algemeen gehouden, misschien pas later toegevoegde derde hoofdstuk omvat alle gevallen van schade, ontstaan door *urere* (verbranden), *frangere* (breken), *rumpere* (vernielen) en bepaalt de boete op de waarde *in diebus triginta proximis*, waarschijnlijk derhalve de waarde in de dertig aan de daad voorafgaande dagen.[30]

Werd de boete in de klassieke periode anders berekend? Het leerboek geeft daarover geen uitsluitsel. Zijn handboek dat eerst het recht in het oude Rome behandelt en pas daarna het klassieke recht, bevat een afzonderlijke paragraaf over de uitleg van caput 3 door de klassieke juristen, maar daarin vult Kaser slechts aan dat sinds Sabinus het woord *plurimi* in caput 3 wordt ingelezen. Ook dan gebruikt Kaser de ambigue formulering: "berekent de boete naar". Die formulering gebruikt hij nu ook voor de boete van caput 1 in de klassieke periode.[31] In de tweede druk van zijn handboek, die verscheen in 1971, is een voorzichtig begin zichtbaar van een kentering in de heersende leer,[32] maar uit zijn

25 M. Kaser, *Römisches Privatrecht, Ein Studienbuch*, München 1965[5], 195. De passage komt vrijwel letterlijk overeen met die in zijn handboek. Vgl. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, München 1955, 144 (§ 41). In de tweede druk (1971), 161 voegt hij slechts ter verduidelijking toe: "Auch die blosse Verwundung von Sklaven und Herdentiere und die Tötung anderer Tiere ist darin behalten."

26 Zij het in een noot. Vgl. Van Oven (n. 15), 351 n. 379.

27 Evenmin is zichtbaar dat hij de opvatting verwerpt van David Daube. Dat doet Kaser met zoveel woorden in zijn recensie van A. Watson, The Law of Obligations in the Later Roman Republic, *TRG* 34 (1966), 418: "Verf. folgt in der Bestimmung des 3 Kapitels der lex Aquilia der originellen Deutung Daubes, (*LQR* 52 (1936), 266 ff.) die aber bisher, wie ich glaube, mit Recht, keine Erfolgschaft gefunden hat."

28 Aldus Cardascia over Kaser's soortgelijke formulering in zijn handboek.Vgl. G. Cardascia, La portée primitive de la loi Aquilia, in: *Daube Noster. Essays in Legal History for David Daube*, Edinburg 1974, 53-75, 67 n. 1: "formule moins décisive dans son *Römisches Privatrecht* I, (1971), 161: '… die Busse *nach dem Wert* …'"; Volgens Zimmermann (n. 2), 964 n. 88 volgt Kaser hier Daube.

29 Dat was zeker zijn opvatting in 1935. Vgl. M. Kaser, *Quanti ea res est, Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht*, München 1935, 169.

30 Kaser/Wubbe (n. 24), 247.

31 Kaser, 1955 (n. 25), 518 (§ 144); mogelijk hangt deze formulering samen met het feit dat het *interesse* in de berekening wordt betrokken, als de schade groter is dan de (hoogste) marktwaarde.

32 Vgl. de in § 41 toegevoegde noot: "Ist eine Sache nur beschädigt so ist der Busse nur die Wertminderung zugrunde zu legen, nicht (wegen des Sühnezwecks) der Wert der ganzen Sache. Daube Rom. Law. (1969) 66 ff. gegen Gerke, SD 23 (1957). Vgl. auch u. § 144."

leerboek blijkt dat Kaser vasthield aan de opvatting dat de boete van caput 3 bestond uit de waarde van de gehele zaak.[33]

4. De jaren zeventig en tachtig

De lex Aquilia komt slechts summier aan de orde in de Groningse klapper Romeins Recht van H.J. Scheltema, die in 1983 in druk verscheen onder de titel *Mr. H.J. Scheltema's inleiding tot het Romeinse recht*. De vraag waartoe caput 3 verplicht, komt niet aan de orde.[34] In zijn *Elementen van Romeins recht* laat de Amsterdamse hoogleraar J.A. Ankum wel zien hoe moeilijk het is de betekenis te achterhalen van het woord *proximis* in caput 3,[35] maar over de boete was hij stellig: caput 3 bepaalt deze op de waarde van de zaak. Dat dit al een eeuw omstreden was, vermeldde hij niet. In Leiden daarentegen stelde R. Feenstra (1920-2013) de heersende leer juist ter discussie. Rond 1976 leerden zijn Leidse studenten:

> Helaas is ons niet geheel duidelijk overgeleverd welke boete daarop gesteld was. De door enkele klassieke juristen vermelde formule is 'zoveel als dit in de dichtstbijzijnde dertig dagen (geweest) zal zijn'; meestal neemt men aan dat deze boete bestond uit de waarde van de zaak in de dertig (aan de daad) voorafgaande dagen, maar enkele gezaghebbende moderne auteurs hebben op goede gronden betoogd, dat het waarschijnlijker is dat hier gedoeld wordt op het bedrag van de schade, zoals die zich in dertig (op de daad) volgende dagen heeft laten vaststellen.[36]

Met die gezaghebbende moderne auteurs is allereerst D. Daube (1909-1999) bedoeld, één van 's werelds eminentste rechtshistorici uit de vorige eeuw. Al in 1936 had hij verdedigd dat de lex Aquilia oorspronkelijk enkel het oog had op het verwonden van slaven en vee door verbranden, (botten) breken en verminken – precies het tegenovergestelde van Jolowicz.[37] In Daube's uitleg wilde de volksvergadering dat werd betaald "whatever this

33 Vgl. de laatste door Kaser bewerkte editie 1992[16], 234. In de kleine letter is aangevuld: "Ebenso für die 30 Tagefrist des 3 Kap. (G. 3, 218; Ulp. D. 9.2.29.8, Paul D. 4.7.34.2)." De teksten (D. 9.2.24 en D. 9.2.27.17) waarin niet de waarde van de zaak, maar de schade die de wond oplevert moet worden betaald, acht Kaser geïnterpoleerd. Vgl. Kaser (n. 29), 169 n. 12.

34 Vgl. *Mr. H.J. Scheltema's Inleiding tot het Romeinse recht*, Groningen 1984[2], 287. De alinea over de berekening van de boete (van caput 1) geeft Inst. 4.6.19 weer.

35 Vgl. J.A. Ankum, *Elementen van Romeins recht,* Zwolle 1976, 73 n. 1. Zie voor zijn antwoord: Ankum (n. 8).

36 R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden 1976, nr. 206. De passage blijft in de latere drukken ongewijzigd. Spruit komt tot dezelfde conclusie. Zie J.E. Spruit, *Cunabula iuris, Elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer 2001, 378 (nr. 577); zo ook in België Heirbaut en Waelkens. Zie D. Heirbaut, *Romeins recht vroeger en nu*, Antwerpen Apeldoorn 1999, 225; L. Waelkens, *Civium causa, Handboek Romeins recht*, Leusden 2003, 226; Derine daarentegen volgde nog de leer van Kaser. Zie R. Derine, *Schets van het Romeins privaatrecht, uitwendige en inwendige rechtsgeschiedenis,* Antwerpen 1982, 383.

37 Jolowicz (n. 7), 221. Een excellente uiteenzetting van de wetenschappelijke discussie bieden Lawson/Markesinis (n. 1), 5-10 en Zimmermann (n. 2), 962-969.

case amounts to in the next thirty days".[38] Er wordt dus een maand gewacht om te kijken of de wond heelt en wat uiteindelijk de schade of waardevermindering[39] van de slaaf of het dier is.

Werd *ea res* ook zo uitgelegd in de klassieke periode, toen ook het vernielen en beschadigen van zaken onder het bereik van de lex Aquilia viel? Immers, sinds Sabinus werd aangenomen dat het woord *plurimi* uit caput 1 in caput 3 moest worden ingelezen. In de klassieke interpretatie maakt het niets uit of een hond is gedood of gewond geraakt: de boete is dezelfde,[40] namelijk zoveel als de hond waard was (geweest) in de voorafgaande dertig dagen. Daube daarentegen meende dat de klassieke juristen slechts in het geval een dier is gedood of een zaak vernietigd aansluiting zochten bij caput 1.[41] Dat leerde ook Feenstra:

> [S]inds onder 'vernielen' elke vorm van beschadiging werd gebracht … zal men toch moeten aannemen dat in ieder geval dán de berekening op de omvang van de schade voor de benadeelde de waardevermindering, al dan niet met inachtneming van zijn 'belang' – werd afgestemd. Waarschijnlijker lijkt het echter dat hier van het begin af aan de berekening geschiedde op grond van de schade zoals die zich in de dertig op de daad volgende dagen had laten vaststellen.[42]

Maar dit blijft omstreden, zoals blijkt uit het leerboek dat de Utrechtse hoogleraar rechtsgeschiedenis J.E. Spruit kort voor zijn emeritaat publiceerde. Hij acht de theorie van Daube een bevredigende historische verklaring van wat er gebeurd kan zijn in de voor-klassieke periode: oorspronkelijk betrof caput 3 alleen het verwonden van slaven en vee, maar kort voor het begin van onze jaartelling hebben de juristen zaaksbeschadiging daaronder gebracht. Dan is het niet nodig dertig dagen te wachten en verliezen de woorden *in proximis triginta diebus* hun zin. Sabinus zou daarom aansluiting bij caput 1 hebben gezocht, waardoor voortaan de hoogste waarde van de zaak in de laatste dertig dagen moest worden vergoed, berekend op basis van het belang dat de eiser had bij de zaak.[43] Maar volgens Spruit is uit het Corpus iuris niet af te leiden of in het klassieke

38 Vgl. D. Daube, On the Third Chapter of the Lex Aquilia, *LQR* 52 (1936), 253-268; herdrukt in zijn *Collected Studies*, Frankfurt 1991, I, 3-18, 6. De ander die Feenstra noemt in *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedeis van de onrechtmatige daad*, (Rechtshistorische Cahiers 6), Deventer 1982, 2002[3], is de Parijse hoogleraar Cardascia.

39 Vgl. Ulp. D 9.2.27.17 en Coll. 2.3. Zie A. Watson, *Studies in Roman Private Law*, Londen 1991, 361; D. Daube, On the Use of the Term Damnum, in: *Studi in onore di Siro Solazzi*, Napels 1948, 93-156, 147: "*Ea res* in the statute denotes this affair, as it does later in the Edict. it refers to expenses, loss of work, difference between the former and present value (though the latter point may have come in later)."

40 Het voorbeeld is ontleend aan F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 590. Hij baseert dit op het poenale karakter: "It is of course primitive not to distinguish between the two cases, but the old statute shows primitive features throughout." Ankum daarentegen, hoewel ook hij Lenel en Kaser volgt, maakt wel onderscheid (maar zonder argument). Vgl. Ankum (n. 35), 74: "Ook indien een zaak slechts is beschadigd, wordt sinds de loop van de klassieke tijd met het belang van de gerechtigde bij de zaak rekening gehouden; dit is dan veelal kleiner dan de objectieve marktwaarde van de zaak."

41 Vgl. Daube (n. 38), 13.

42 Feenstra (n. 36), nr. 215. De passage blijft in de latere drukken ongewijzigd.

43 Spruit (n. 36), 379 (nr. 577).

recht bij lichte beschadiging enkel de schade werd vergoed: "Over dit soort vragen geven de bronnen geen uitsluitsel."[44]

5. De onrechtmatige daad als bijzonder onderwerp

In 2002 verscheen de derde, door Laurens Winkel bewerkte druk van Feenstra's *Vergelding en vergoeding*. De passages over de boete van caput 3 liet hij onveranderd; zij komen nog steeds letterlijk overeen met wat Feenstra schreef in zijn leerboek.[45] Kort daarvoor, in 1998, verscheen nog een tweetal voor het onderwijs bedoelde monografieën, die de lex Aquilia behandelen in het kader van de geschiedenis van de onrechtmatige daad. Zij schetsen wat werd geleerd aan de Vrije Universiteit: *Van delict tot onrechtmatige daad*[46] en *Schuld en boete*.[47] E.J.H. Schrage besteedde slechts aandacht aan de vereisten voor aansprakelijkheid wegens zaaksbeschadiging – waartoe de dader werd veroordeeld laat hij in het midden.[48] In *Schuld en boete* laat zijn opvolger J. Hallebeek de woorden *quanti ea res erit* in D. 9.2.27.5 met opzet onvertaald, omdat die in de literatuur verschillend worden uitgelegd.[49] Op hun betekenis in het Corpus iuris komt hij terug in zijn *Fons et origo iuris*.[50] Recent verscheen nog de *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht* van E.M.F.C. Broers, docent aan de Universiteit van Tilburg. Volgens hem dient aan de eigenaar van een vernietigde of beschadigde zaak zoveel te worden betaald als deze zaak in de komende dertig dagen waard is – bedoeld is waarschijnlijk: de afgelopen dertig dagen.[51]

6. *Ea res* in het Corpus iuris civilis

In zijn leerboek noemt Hallebeek niet alleen de al uit 1936 daterende interpretatie van Daube van de woorden *quanti ea res erit* in D. 9.2.27.5, maar ook die van Zimmermann uit 1990 – die een andere verklaring gaf van *in proximis triginta diebus*.[52] Terecht wijst hij erop dat de reconstructie van de oorspronkelijke tekst van caput 3 en van zijn toepassing in de oorspronkelijke rechtspraktijk niet van groot belang is voor de betekenis in het Corpus iuris civilis. Maar uit de discussie daarover zijn wel argumenten te putten voor de uitleg van de woorden *quanti ea res erit* in de context van de codificatie van Justinianus. Als dit naar analogie van caput 1 "in het Corpus iuris wordt geïnterpreteerd als de hoogste

44 Spruit (n. 36), 380 (nr. 578).

45 Feenstra (n. 38), 8, 11.

46 E.J.H. Schrage, *Van delict tot onrechtmatige daad* (Ars Aequi Cahiers Rechtsvergelijking en rechtsgeschiedenis 6), Nijmegen 1998.

47 J.H. Dondorp met medew. van J. Hallebeek, *Schuld en boete. Enige grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad,* Amsterdam 1998.

48 Schrage (n. 46), 18-20.

49 Vgl. Hallebeek in Dondorp (n. 47), 17.

50 J. Hallebeek, *Fons et origo iuris, Een historische inleiding tot het vermogensrecht*, Amsterdam 2006.

51 E.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding,* Apeldoorn-Antwerpen 2012, 23.

52 Vgl. Hallebeek (n. 50), nr. 233; de uitleg van Zimmermann (n. 2), 967 is aangevuld in 2009.

waarde in de afgelopen dertig dagen",[53] staat die boete bij een lichte beschadiging in geen verhouding tot het delict (onrechtmatig toegebrachte schade). "This result is so obviously unfair that one cannot believe any legislator intended it", zoals Jolowicz al zei in 1922.[54] Tegen die uitleg pleit ook D. 9.2.24.[55] Daaruit blijkt dat in geval van verwonding caput 3 verplicht tot het taxeren van de wond, niet van de slaaf die gewond is geraakt: "Als iemand bekent[56] een slaaf te hebben verwond en deze niet verwond is, welke wond moeten wij dan taxeren? En tot welk tijdstip zouden wij moeten terugrekenen?"[57] In de klassieke periode was de rechter ooit vrij in het tijdstip dat hij koos maar al snel werd de opvatting van Sabinus heersende leer (Gai. 3.218), namelijk dat het tijdstip bedoeld was waarop de taxatie het hoogst was. Dat is ook de regel in het Corpus iuris (Inst. 4.3.15 en D. 9.2.29.8). Een voorbeeld van een casus waarin dat uitmaakt biedt D. 9.2.27.17, waar de wond zodanig genas dat deze geen waardevermindering van de slaaf tot gevolg had; wel waren er medische kosten gemaakt.[58] Wanneer de rechter de wond zou taxeren zoals deze is na dertig dagen – namelijk genezen – dan is de uitkomst onbillijk; leest men *plurimi* in in caput 3, dan behoort de wond op geld gewaardeerd te worden naar het moment waarop deze het ernstigst was. Uit de formulering van Inst. 4.3.15 is slechts af te leiden dat in caput 3 het woord *plurimi* mag worden ingelezen dat in caput 1 is gebruikt. In al die gevallen waarin de wond geneest, is er ook behoefte aan deze interpretatie – meer dan voor het min of meer toevallige geval de gewonde slaaf of het gewonde dier kort daarvoor in waarde was verminderd.

Abstract

To what extent do Dutch textbooks on Roman law reflect the controversy that has continued for almost a century over the interpretation of caput 3 of the lex Aquilia? In 1945, Van Oven discussed the relevant literature of his day, but since then Kaser's view has been favoured, even though, in 1976, Feenstra inclined towards Daube's alternative interpretation of *quanti ea res erit* and this led to the ongoing debate. The interpretation of caput 3 is clearly more controversial than students are usually led to believe.

53 Hallebeek (n. 50), 240.

54 Jolowicz (n. 7), 224.

55 Aldus Kaser (n. 29), 169 n. 12; Zimmermann (n. 2), 969 n. 110. Kaser acht de tekst niet klassiek, Zimmermann wel; ook G. Beseler, Romanistische Studien, *ZRG Rom.* 50 (1930), 18-77, 26.

56 Hierdoor voorkomt de gedaagde dat de boete verdubbelt door de regel *infitiando lis crescit in duplum*. Zie daarover L. Winkel, *Themis en Clio, Bondgenoten of vijanden,* (Oratie 1994) Deventer 1994, 10-12.

57 Vgl. Paul. D. 9.2.24: Hoc apertius est circa vulneratum hominem: nam si confessus sit vulnerasse nec sit vulneratus, aestimationem cuius vulneris faciemus? Vel ad quod tempus recurramus?

58 Vgl. Ulp. D. 9.2.27.17: … ergo etsi pretium quidem non sit deterior factus, verum sumptum in salutem eius et sanitatem facta sunt, in haec videri damnum datum, atque ideoque lege Aquilia agi posse. Deze tekst is ook overgeleverd in Coll. 2.4. maar daar wordt geen actio legis Aquiliae gegeven.

PERCEPTIONS OF ROMAN JUSTICE

Paul J. du Plessis*

1. Introduction

The bulk of Laurens Winkel's publications focus on *aequitas*, whether in Roman legal thought, in the works of the sixteenth-century Dutch jurist, Hugo Grotius, or in the legal mechanisms developed by various nation states after the Second World War to enforce the restitution of property seized unlawfully in wartime. Given the focus of his scholarship, it seems fitting to contribute to his *Festschrift* a piece on Roman *aequitas*. In much of his scholarship, Laurens Winkel has attempted to show that *aequitas* was not merely an abstract ideal that existed solely in the "heaven of concepts" (to use a phrase coined by Rudolf von Jhering) inhabited by many scholars of Roman law. Rather, it was a living legal principle that had a demonstrable impact on Roman law and its application. To that end, this small contribution will not focus on Roman *aequitas* in the abstract, for this topic has been examined in vast tracts of scholarship, both old and new. It will attempt to sketch a perspective on Roman *aequitas* in practice, by investigating perceptions of *aequitas* in the application of Roman law in a municipal court at local level in the Roman Empire. In doing so, this piece represents a small contribution to the emergent field of "law and society" scholarship on Roman law and, more specifically, on experiences and perceptions of Roman justice in action.[1] Nowhere is this more visible than in the encounters between Christian missionaries and Roman officials as recounted in the New Testament.

1 See generally Frier, B.W. Entry on "Law, Roman, Sociology of" in Eidinow, E.; Hornblower, S.; and Spawforth, A. eds. *The Oxford Classical Dictionary*, 4th ed. (Oxford: University Press, 2012), and also Pölönen, J. "The Case for a Sociology of Roman Law" in Freeman, M. ed. *Law and Sociology* [Current Legal Issues vol. 8] (Oxford: University Press, 2006), 398 – 408. A "law and society" approach to the study of Roman law does not merely involve explaining developments in Roman law with reference to socio-economic factors. This is merely the starting point. Rather, such a methodology attempts to situate Roman law in the ancient world using insights and research findings obtained from research into socio-economic factors affecting the Roman Empire. The basic premise of that research is that Roman law, as transmitted through the writings of the Roman jurists, is not wholly removed from the realities of the Roman Empire.

* FRHistS, Senior Lecturer in Civil Law and Legal History, University of Edinburgh.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 216-226

Acts 16:12 – 40 recounts an episode during the reign of the Emperor Claudius, when Paul and Silas visited Philippi, a sizeable city in the Roman province of Macedonia, to pursue their missionary work.[2] Although not the capital of the province, it nevertheless had the status of a Roman *colonia*, which meant that it had certain legal privileges, most notably that Roman civil law had replaced its local law and that Roman legal procedure operated in its courts.[3] The visit of Paul and Silas was marked by two events. Firstly, Paul and Silas met Lydia, the seller of purple dye from Thyatira, and converted her and her household to the Christian faith. In the second place, Paul and Silas had an unfortunate encounter with Roman municipal justice that, according to Luke (the author of this passage) saw them flogged, thrown into jail, then eventually released and asked to leave the city.[4] The Acts, as a specific type of literature written for a Christian audience, cannot be seen as an objective factual account of the events in Philippi.[5] In this respect, theological literature presents the same problems as Roman legal texts. Nevertheless, once we accept that the description of those events is not entirely fictional, it becomes possible to test this account against our knowledge of the Roman legal order in order to enhance our understanding, not only of Roman law, but also of the experience of Roman justice by those, both Roman citizens and *peregrini*, who were subject to it. To do so, we must first examine the cause of the visitors' encounter with Roman municipal justice:

> [16] Factum est autem, euntibus nobis ad orationem, puellam quandam habentem spiritum pythonem obviare nobis, quae quaestum magnum praestabat dominis suis divinando. [17] Haec subsecuta Paulum et nos, clamabat dicens: Isti homines servi Dei excelsi sunt, qui annuntiant vobis viam salutis. [18] Hoc autem faciebat multis diebus. Dolens autem Paulus, et conversus, spiritui dixit: Praecipio tibi in nomine Jesu Christi, exire ab ea. Et exiit eadem hora. [19] Videntes autem domini ejus, quia exivit spes quaestus eorum, apprehendentes Paulum et Silam, perduxerunt in forum ad principes.[6]

2 Tajra, H.W. *The Trial of St. Paul – A Juridical Exegesis of the Second Half of the Acts of the Apostles* (Tübingen: Mohr, 1989) at 18.

3 Tajra (n. 2) at 4 – 7; Omerzu, H. *Der Prozeß des Paulus – Eine exegetische und rechtshistorische Untersuchung der Apostelgeschichte* (Berlin/New York: De Gruyter, 2002) at 120 – 123; Hooker, M. "Philippians" in Dunn, J.D.G. ed. *The Cambridge Companion to St. Paul* (Cambridge: University Press, 2003), 105 – 115 at 105; Rapske, B. *The Book of Acts in its First Century Setting – vol. 3 Paul in Custody* (Grand Rapids Mich.: Eerdmans, 1994) at 116. Sherwin-White, A.N. *Roman Society and Roman Law in the New Testament* (Oxford: Clarendon, 1963) at 74 observes that the "law" of the city of Philippi would have been enacted in a local municipal statute such as the ones preserved for *Urso* and *Irni*. As for the type of procedure that would have applied in these courts, a controversial matter, see Jones, A.H.M. *Studies in Roman Government and Law* (Oxford: Blackwell, 1960) at 79 – 80.

4 Tajra (n. 2) at 27 – 29.

5 Meeks, W.A. *The First Urban Christians – the Social World of the Apostle Paul*, 2nd ed. (New Haven/London: Yale University Press, 2003) at 26 for an overview of the debate surrounding the use of the Acts for the purposes of social history. See, also, Sherwin-White (n. 3) at 188 – 189 who observes that although the Acts belong to a specific literary genre, they can still be subjected to textual criticism and historical enquiry.

6 All Latin renditions of the Vulgate Bible are taken from: http://www.sacred-texts.com/bib/vul/ (5 September 2012). For the original Greek, see http://www.greekbible.com/ (5 September 2012).

> [16] And it came to pass, as we went to prayer, a certain damsel possessed with a spirit of divination met us, which brought her masters much gain by soothsaying: [17] The same followed Paul and us, and cried, saying, These men are the servants of the most high God, which shew unto us the way of salvation. [18] And this did she many days. But Paul, being grieved, turned and said to the spirit, I command thee in the name of Jesus Christ to come out of her. And he came out the same hour. [19] And when her masters saw that the hope of their gains was gone, they caught Paul and Silas, and drew them into the marketplace unto the rulers.[7]

While staying in Philippi and going about their missionary work, Paul and Silas encountered a slave girl possessed by a "python spirit" who, owing to her special ability, made her owners a healthy profit through her activities.[8] The slave girl began to follow the missionaries around and to shout out: "These men are the servants of the most high God, which shew unto us the way of salvation." [King James translation] At first, Paul ignored the slave's calls, and apparently continued to do so for a number of days but after a while he pitied her (*dolens*) and, turning to the slave, performed an exorcism by commanding the spirit to leave her. It promptly did so. When the owners of the slave girl realised that she had lost her ability to generate profit for them, they apprehended Paul and Silas and took them to the forum (*agora*) of the city in order to bring them before the chief municipal magistrates (the *duoviri*/*duumviri iure dicundo*).[9]

The final sentence of this passage (verse 19) has been the subject of much scrutiny. Traditionally, it has been seen as the start of a series of events in which Paul and Silas were submitted to harsh summary executive justice at the hands of the city magistrates of Philippi. The passage deserves closer attention:

> [19] Videntes autem domini ejus, quia exivit spes quaestus eorum, apprehendentes Paulum et Silam, perduxerunt in forum ad principes:[10]

> [19] And when her masters saw that the hope of their gains was gone, they caught Paul and Silas, and drew them into the marketplace unto the rulers ... [11]

Although much has been made of the supposed violence implied in this text, it should not be overemphasised.[12] The procedure for summoning someone to a Roman court had long since been laid down in the Twelve Tables of c. 450 BCE:

7 All English texts of the King James Version of the Bible are taken from http://www.kingjamesbibleonline.org/Acts-16-40/ (12 May 2013).

8 For a discussion of the association between the "python spirit" and the Roman god Apollo, see Laymon, C.M. ed. *The Interpreter's Concise Commentary – Acts & Paul's Letters* (Nashville: Abingdon Press, 1983) at 62. Omerzu (n. 3) at 139 observes that Luke seems to be the first author to have introduced the notion of financial loss in respect of the slave in relation to this episode.

9 Tajra (n. 2) at 10; Rapske (n. 3) at 123 – 124.

10 See n. 6 *supra*.

11 See n. 7 *supra*.

12 For an overview of the range of opinions in modern scholarly literature on the role of the mob in this episode, see Rapske (n. 3) at 121 – 123.

> Tab.1.1 Si in ius vocat, ?ito?, ni it, antestamino; igitur <im> capito.[13]
>
> If he (i.e., anyone) summons to a pre-trial, ?he (the defendant) is to go:? If he does not go, he (the plaintiff) is to call to witness; then he is to take him. [Crawford *et al.* translation]

Similarly, by the first century CE a summons was still a private process but had grown into a ritual, which could involve bringing the prospective defendant to court and the plaintiff's revealing the nature of the claim (as recorded in the Praetorian Edict) as recounted by the late-Republican/early-Augustan jurist Labeo in D. 2.13.1.1 (Ulpian. 4 Ed.).[14] When verse 19 is read in the light of the procedure set out in these two texts, it seems highly likely that what is being described here is not an incident of mob violence, but merely the standard way of instituting a lawsuit in a Roman court. Paul and Silas were summoned to the municipal court that had its seat in the *agora* of the city.[15] The presence of the crowd mentioned in the narrative can also be explained. Crowds played an important role in Roman court procedure, most notably as the *corona* that served to demonstrate the public nature of Roman justice, and we must therefore assume the presence in the local *agora* of many bystanders who were interested in the application of Roman justice.[16]

2. The accusation

What was the nature of the legal claim that the owners of the slave girl wished to bring against Paul and Silas?[17] The answer to this is seemingly provided in verses 20 – 21:

> [20] et offerentes eos magistratibus, dixerunt: Hi homines conturbant civitatem nostram, cum sint Judaei; [21] et annuntiant morem, quem non licet nobis suscipere neque facere, cum simus Romani.[18]
>
> [20] And brought them to the magistrates, saying, These men, being Jews, do exceedingly trouble our city, [21] And teach customs, which are not lawful for us to receive, neither to observe, being Romans.[19]

The seeming disparity between the initial accusation (loss of financial gain) made by the owners of the slave and the legal complaint reported in verses 20 – 21 has provoked

13 Crawford, M.H. *et al*. *Roman Statutes* vol. II (London: Institute of Classical Studies, 1996) at 585.

14 D. 2.13.1.1 [Ulpian. 4 ad Ed.] Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare. eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret quod dictaturus est vel id dicendo, quo uti velit. (Mommsen)

15 Omerzu (n. 3) at 141. See, for example, D. 2.5.2pr (Paul. 1 Ed.) which states that anyone summoned had to appear before a magistrate so that it could be established whether he had jurisdiction over them. A similar view is taken by Sherwin-White (n. 3) at 79, 82.

16 See Bablitz, L. *Actors and Audience in the Roman Courtroom* (London: Routledge, 2007) generally.

17 As to who the owners may have been (individuals or a corporation), see Rapske (n. 3) at 119 – 120 for a survey of the range of scholarly opinions. It is accepted that they were Roman citizens who must have been well known in the city.

18 See n. 6 *supra*.

19 See n. 7 *supra*.

much discussion.[20] Many scholars have raised the possibility that in this passage the author, Luke, attempted to show that the charges brought against Paul and Silas were fabricated.[21] Given that there are a number of textual problems in the account of the accusations against Paul and Silas, it is perhaps best to look at these individually to assess their legal merit.

Let us take the issue of lost profit first. In verse 19, we are told that the reason why the owners of the slave girl took Paul and Silas to the *agora* and before the municipal magistrates was because the income-generating potential of the slave girl had depreciated as a result of Paul's exorcism. Using a counterfactual approach, it has to be asked what legal remedies were potentially available to the owners of the slave under Roman law. In order to answer this question, a few observations about the civic status of Philippi are required. The city was a *colonia*. This is legally significant, for it meant that Roman civil law applied there. According to Roman private law, three possible claims could be brought against Paul and Silas, namely *damnum iniuria datum* (wrongful damage to property), *iniuria* (insult) or *corruptio servi* (corruption of a slave). Before examining these in greater detail, we must establish whether it was possible to hear any of these in a municipal court such as that of Philippi. To ascertain this, we must look at some surviving records of Roman municipal laws. The *Lex Irnitana* placed a financial limit of 1000 *sesterces* on the size of a claim[22] for a *municipium* (not a *colonia*). It is of course impossible to know what the municipal law of Philippi stated in this regard, especially since *municipia*, which retained some of their local laws, had fewer legal privileges than *coloniae*; but it remains an important consideration. Since we are told in the relevant passage that the slave girl's clairvoyance brought her owners a great deal of money, it may well be that the claim would have been for too large an amount to be entertained in a local municipal court, and that this may have had an impact on the eventual charges brought against Paul and Silas.

However, even if we assume that the three claims set out above fell within the jurisdiction of the municipal court, we have to ascertain whether they would have been available to the owners of the slave. Let us take wrongful damage to property first.[23] Damage to a slave (short of destruction) would have fallen under chapter 3 of this *lex*. In order to succeed in the statutory legal action flowing from this *lex*, a plaintiff had to show that he had suffered financial loss caused by the defendant's wrongful actions. Although there had been considerable juristic and Praetorian extension of the provisions of the *lex*, a plaintiff wishing to bring this action on the grounds of the loss of the slave's clairvoyance would have struggled to prove his case in the first century CE. The reasons for this are threefold. First, for a statutory action to succeed, the plaintiff had to show that the defendant had caused the loss through a physical act, which could be classified

20 Omerzu (n. 3) at 124 – 125.

21 Laymon (n. 8) at 63.

22 González, J. "The *Lex Irnitana*: A New Copy of the Flavian Municipal Law" 1986 (76) *Journal of Roman Studies*, 147 – 243, Ch. 84.

23 Compare Rapske (n. 3) at 116.

as burning, breaking or rending asunder. To put it differently, loss had to be inflicted by the defendant's body (or an extension of his body, such as a sword) on the object, so that Paul's mere verbal command to the "python spirit" to leave the slave girl would not have satisfied this requirement of the *lex*.[24] In addition, satisfying the requirements of fault and of causation would have proved difficult. As far as the first is concerned, the concepts of *dolus* and *culpa* had already evolved by this time, but proving either of these in relation to Paul's utterance would not have been easy, especially since it would have been necessary to show that Paul had acted wrongfully. The same may be said about causation. Even though the Roman jurists took a pragmatic and casuistic approach to causation, it would still have been legally difficult to prove a causal link in law between a verbal utterance and the loss of clairvoyance.

The owners of the slave would also have found it difficult to prove insult in this case. Although by the time of this episode this delict had evolved from a number of *ad hoc* instances into a coherent principle, expressed by the term *contumelia*, it seems unlikely that Paul's utterance would have been actionable as such. For it to be non-physical *contumelia*, it had to be shown that "it is inflicted on the person or relates to one's dignity or involves disgrace …" (Ulpian citing Labeo in D. 47.10.1.1 – 2 (Ulpian. 56 ad Ed.): Watson translation). Although the owners could be vicariously insulted by actions against a slave, these were usually physical acts such as beating and torture, rather than mere verbal utterances (see D. 47.10.15.35 (Ulpian. 77 ad Ed.)). The final civil-law option available to the owners of the slave was the remedy of *servi corruptio*.[25] Although this delict related to verbal rather than physical acts, it would have been difficult for the owners of the slave to prove a case of *corruptio*. For one thing, they would have had to show that the wrongdoer had acted maliciously. The examples mentioned in the legal sources seem to suggest that it had to be demonstrated in a court of law that a slave had undergone a "moral" deterioration of character. It seems that it would not have been easy to do so in this case. As this brief overview shows, it may have been difficult for the owners of the slave to find an appropriate remedy at civil law. This may account for the seemingly disjointed nature of the incident and the claims eventually brought.

According to the Acts, Paul and Silas were accused of the following:

> [20] et offerentes eos magistratibus, dixerunt: Hi homines conturbant civitatem nostram, cum sint Judaei; [21] et annuntiant morem, quem non licet nobis suscipere neque facere, cum simus Romani.[26]
>
> [20] And brought them to the magistrates, saying, These men, being Jews, do exceedingly trouble our city, [21] And teach customs, which are not lawful for us to receive, neither to observe, being Romans.[27]

24 I have not found a single text in which a verbal utterance gave rise either to a statutory action or to an *actio utilis* or *in factum* under the *Lex Aquilia*.

25 Bonfiglio, B. *Corruptio Servi* (Milan: Giuffrè, 1998) generally, but especially ch. 2.

26 See n. 6 *supra*.

27 See n. 7 *supra*.

The juxtaposition between Jewish and Roman identity in this passage is problematic and has been widely discussed.[28] I shall return to this point presently. For the moment, I wish to focus on the accusations levelled against Paul and Silas. From both the Greek text and its Latin rendition, it is clear that the owners of the slave did not accuse Paul and Silas first and foremost of being Jewish.[29] The accusation was twofold: a) that they had "disturbed" (lit. upset/confused) the *civitas* and b) that they had proclaimed a custom, which the inhabitants of the *civitas* could not legally adopt or follow.[30] The key to identifying the offence of which they were accused in this case lies in the term *civitas* – Paul and Silas were accused of an offence against the local community and, most likely, a form of *vis*.[31] By the time of this episode in the mid-first century CE, *vis* had been actionable under Roman criminal law for more than a century. It had become actionable in 78 BCE under the *Lex Lutatia* which introduced a standing court for *vis*.[32] While this statute originally only covered serious attacks on the public order, its provisions were extended by the *Lex Plautia de vi* of c. 70 BCE to "offences against private individuals that were *contra rem publicam*".[33] This Act was supplemented by two further acts, the *Leges Iuliae de vi*, which were introduced in the late Republic/early Empire. These seem to have distinguished between *vis publica* and *vis privata*, but much about them remains unclear.[34] It has been suggested by Robinson that these Acts also introduced a range of new offences, including offences by magistrates, specifically for punishing Roman

28 See Tajra (n. 2) at 13 for a survey of scholarly opinion. According to the author, the fact that they were Jewish was not legally significant during this period, since individuals who practised the Jewish religion had been granted special legal privileges since the time of Julius Caesar. It may well be, as suggested by the author (at 16) that the accusers, by raising the issue of the defendants' Jewish identity, were attempting to bring the matter under the jurisdiction of Jewish courts. For a discussion of these privileges, see Boatwright, M.T. *Peoples of the Roman World* (Cambridge: University Press, 2012) at 139 – 140.

29 Omerzu (n. 3) at 140; Laymon (n. 8) at 63; Rapske (n. 3) at 118 notes that the accusation of Jewish identity may be related to the then recent troubles, which had led the Emperor Claudius to expel the Jews from Rome.

30 On who could bring a criminal accusation in such cases, see Jones, A.H.M. *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate* (Oxford: Blackwell, 1972) at 61 – 62. See, also, De Vos, C.S. "Finding a Charge that Fits: The Accusation against Paul and Silas at Philippi (Acts 16.19 – 21)" 1999 (74) *Journal for the Study of the New Testament* 51 – 63 at 51.

31 Tajra (n. 2) at 12; Omerzu (n. 3) at 126; Rosenblatt, M.-E. *Paul the Accused – His Portrait in the Acts of the Apostles* (Collegeville Minn.: Liturgical Press, 1995) at 45; Rapske (n. 3) at 116 – 118 and for a comprehensive survey of this, see Harries, J. *Law and Crime in the Roman World* (Cambridge: University Press, 2007) at 106 – 117.

32 Robinson, O.F. *The Criminal Law of Ancient Rome* (London: Duckworth, 1995) at 79; see, also, Mommsen, T. *Römisches Strafrecht* (Leipzig: Duncker & Humblot, 1899) at 652 – 666.

33 Robinson (n. 32) at 79.

34 Berger, A. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953) entry on *vis* states "The distinction [between 'public' and 'private' violence] which was neatly defined in this legislation was later distorted through imperial enactments and in Justinian's compilation … The original distinction may have been based on whether the crime violated direct interests of the state (*vis publica*) or those of a private person (*vis privata*)."

citizens without a proper trial.[35] Those found guilty of *vis* were subjected to a range of punishments according to their status, such as beating, imprisonment or death. One of the options was banishment, although at this time the distinction between *humiliores* and *honestiores* in Roman criminal law had not yet become formalised.[36] When the accusations levelled against Paul and Silas are seen in the light of the state of the law at that time, it seems clear that the owners of the slave girl were accusing them of some form of *vis*, most likely under the *Lex Iulia de vi*, and that the reference to the foreign custom was an attempt to argue that their behaviour was "*contra rem publicam*"[37] as can be seen from D. 48.6.3pr (Marcian. 14 Inst.).[38]

3. The punishment

If this was indeed the nature of the accusation, the question arises why the events reported in the Acts do not suggest that a lawsuit took place:[39]

> [22] Et cucurrit plebs adversus eos; et magistratus, scissis tunicis eorum, jusserunt eos virgis caedi. [23] Et cum multas plagas eis imposuissent, miserunt eos in carcerem, praecipientes custodi ut diligenter custodiret eos.[40]
>
> [22] And the multitude rose up together against them: and the magistrates rent off their clothes, and commanded to beat them. [23] And when they had laid many stripes upon them, they cast them into prison, charging the jailor to keep them safely:[41]
>
> …
>
> [35] Et cum dies factus esset, miserunt magistratus lictores, dicentes: Dimitte homines illos. [36] Nuntiavit autem custos carceris verba haec Paulo: Quia miserunt magistratus ut dimittamini: nunc igitur exeuntes, ite in pace. [37] Paulus autem dixit eis: Caesos nos publice, indemnatos, homines Romanos miserunt in carcerem: et nunc occulte nos ejiciunt? Non ita: sed veniant, [38] et ipsi nos ejiciant. Nuntiaverunt autem magistratibus lictores verba haec. Timueruntque audito quod Romani essent; [39] et venientes deprecati

35 Robinson (n. 32) at 79 – 80. Sherwin-White (n. 3) at 80, 177 suggests that this part of the narrative may have been deliberately included to emphasise that the offence was against *Roman* custom.

36 See, also, D. 48.6.10.2 (Ulpian. 68 Ed.) which mentions that a person found guilty of this offence can be "interdicted from fire and water". Greenidge, A.H.J. *The Legal Procedure of Cicero's Time* (Oxford: Clarendon Press, 1901) at 507; Rapske (n. 3) at 118.

37 Tajra (n. 2) at 13; Omerzu (n. 3) at 130 – 131. For an alternative interpretation, see De Vos (n. 30) at 54 – 55, 62 – 63 who thinks that the charge was one of sorcery.

38 "In eadem causa sunt, qui turbae seditionisve faciendae consilium inierint servosve aut liberos homines in armis habuerint."

39 Tajra (n. 2) at 3 suggests that a lawsuit was not instituted because the municipal magistrates were careful not to deal with a matter which could give rise to religious conflict, see, also, Omerzu (n. 3) at 130 – 131.

40 See n. 6 *supra*.

41 See n. 7 *supra*.

> sunt eos, et educentes rogabant ut egrederentur de urbe. [40] Exeuntes autem de carcere, introierunt ad Lydiam: et visis fratribus consolati sunt eos, et profecti sunt.[42]
>
> [35] And when it was day, the magistrates sent the serjeants, saying, Let those men go. [36] And the keeper of the prison told this saying to Paul, The magistrates have sent to let you go: now therefore depart, and go in peace. [37] But Paul said unto them, They have beaten us openly uncondemned, being Romans, and have cast us into prison; and now do they thrust us out privily? nay verily; but let them come themselves and fetch us out. [38] And the serjeants told these words unto the magistrates: and they feared, when they heard that they were Romans. [39] And they came and besought them, and brought them out, and desired them to depart out of the city. [40] And they went out of the prison, and entered into the house of Lydia: and when they had seen the brethren, they comforted them, and departed.[43]

In order to answer this question, we must look at the sequence of events as described in this passage:

(1) Paul and Silas are accused of *vis*;
(2) (Immediately or some time afterwards) they are flogged and thrown into prison;
(3) An earthquake occurs and the jailer is converted;
(4) The magistrates send their *lictores* to the prison to release Paul and Silas;
(5) Paul proclaims his status as a Roman citizen and refuses to leave quietly;
(6) The magistrates, anxious about his claim, come to the prison and ask the two to leave the city.

Textual analysis of this part of the episode has shown that some elements of the narrative are suspect and were probably included by Luke for effect, using different accounts of the events.[44] It is therefore difficult to distinguish between fact and embellishments. An analysis of this passage in terms of Roman court procedure may, however, shed new light on the events recorded here. Let us take points 1 and 2 together. Why, if Paul and Silas were accused of *vis* under a statute, did the local magistrates of Philippi not order a lawsuit to be instituted? The answer to this problem is twofold. First, there is the issue of jurisdiction as mentioned above. Chapter 84 of the *Lex Irnitana* provides a list of issues in respect of which a municipal court does not have jurisdiction. One of these is "any matter in which there has been *vis* other than under the interdict, judgement or order from the person who is in charge of the administration of justice" (González translation). While it cannot be ascertained whether the same prohibition applied in Philippi (especially given its status as *colonia*), the regular exclusion of such matters from local jurisdiction in other municipal laws suggests as much. Assuming that this jurisdictional prohibition applied in Philippi, the only two options open to the local magistrates would have been a) a *vadimonium*[45] to a court which did have jurisdiction – in this case most likely the

42 See n. 6 *supra*.

43 See n. 7 *supra*.

44 See Tajra (n. 2) at 25 – 26; Omerzu (n. 3) at 114 – 115.

45 Which would have required money, see Rapske (n. 3) at 120.

court of the governor, or b) to deal with the matter under their own right of coercion – *coercitio*.[46] The second component of the answer relates to the status of Paul and Silas. To the Roman local magistrates, they were merely itinerants, not *incolae* or *cives* and, since Paul chose not to reveal their status as Roman citizens until afterwards, the magistrates in all likelihood acted as they would have in any case where a group of *incolae* or *cives* had accused two impoverished itinerants of *vis*.[47]

This brings us to the next set of events – the flogging and the imprisonment. Both were permissible within the broad scope of the municipal magistrate's *coercitio*, but two points are worth noting.[48] First, some questions have been raised about the revelation of Paul's citizenship towards the end of the passage.[49] Since this revelation – and the concern to which it gave rise amongst the local magistrates that they might have transgressed the *Lex Iulia de vi* themselves[50] – is predicated upon the prior flogging of the two missionaries, it does seem to add a certain *deus ex machina* quality to the narrative, and so cast some doubt on the veracity of this part of it. That said, it is commonly accepted that the events occurred exactly as described in the text and that Paul had a reason for not divulging his status until this point.[51] As for the imprisonment, if we accept that this occurred, there could be any number of reasons for it. The most obvious seems to be linked to the status of Paul and Silas.[52] Because they were itinerants who had at that point not yet revealed their citizenship status, the municipal magistrates may have decided to place them in "preventative" custody so that they could decide what to do with them, and also in order to shield them from the anger of the owners of the slave.[53]

46 For a survey of the extent of these powers at a municipal level, see Tajra (n. 2) at 11. See, also, Sherwin-White (n. 3) at 75 for a discussion of the "police-functions" of local magistrates. The standard discussion remains that of Mommsen, T. *Römisches Staatsrecht*, 3rd ed. (Leipzig: Hirzel, 1887) at 136 – 161.

47 Tajra (n. 2) at 26.

48 Omerzu (n. 3) at 147 – 151; Rapske (n. 3) at 124 – 125 for a survey of the different types of corporal punishment permissible under Roman criminal law. Flogging of a citizen was prohibited by the *Leges Valeriae et Porciae*, see Robinson, O.F. *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome* (London: Routledge, 2007) at 107. See also Mommsen (n. 32) at 981 – 986.

49 Omerzu (n. 3) at 153 – 157. See, also, Wenham, D. and Walton, S. *Exploring the New Testament*, 2 vols. (London: SPCK, 2001 – 2002) at 278.

50 Omerzu (n. 3) at 159.

51 Omerzu (n. 3) at 160; Laymon (n. 8) at 65; Hooker (n. 3) at 110; Rapske (n. 3) at 129 – 134. Sherwin-White (n. 3) at 62, 66 suggests that those holding Roman citizenship may have withheld this knowledge from local magistrates if they had an interest in the matter not being referred to another court or to Rome. For a survey of the legislation which governed an appeal by a citizen against arbitrary abuse of power by a magistrate, see Greenidge (n. 36) at 319 – 323.

52 See, for example, D. 5.1.19.2 (Ulpian. 60 Ed.) on the difficulties involved in defending yourself against a lawsuit elsewhere (i.e. not in your home city). See Rapske (n. 3) 127.

53 See, also, D. 48.3.5 (Venul. Sat. 2 de Iud. Pub.) where it is stated that if an accused confesses, he is to be kept in a public prison until judgement is given in the matter. Greenidge (n. 36) at 332 observes that while a custodial sentence was legally part of the *coercitio*, it was not a penalty as such. See, also, Mommsen (n. 32) at 960 – 963.

4. Conclusion

There can be no doubt that this episode from the Acts, like any other form of literature (including legal texts), may be viewed from more than one perspective. It seems to have been compiled by Luke to demonstrate that Paul and Silas were subjected to cruel (read "inequitable") and arbitrary "justice" meted out by local magistrates under Roman law.[54] When this account is tested against modern knowledge of Roman procedural law, however, it becomes clear that Luke's account of this episode, far from confirming the Christian perceptions of Roman justice, in fact masks a sophisticated system of municipal justice that was far from arbitrary. Of course, critics of this approach may argue that such an argument is "reductionist" since it assumes "regularity of behaviour" which cannot be assumed.[55] This I do not deny, but modern scholars, using their knowledge of Roman legal procedure, in many respects a ritual that requires and indeed enforces "regularity of behaviour", may in passages such as these obtain brief glimpses of the workings of Roman justice. This opens up a new vista in relation to Roman *aequitas*.

Abstract

The relationship(s) between "law in books" and "law in action" is fast emerging as an important area of research in relation to "law and society in the Roman world". Contrary to popular perceptions, research in this area does not focus on the gap between "law in books" and "law in action" (for the existence of such a gap is almost inevitable), but on the reasons for the existence of the gap and the various ways in which individuals accessed justice under these circumstances. To that end, the focus of this article is a specific episode recounted in the New Testament, when Roman legal officials treated Christian missionaries seemingly unfairly and in contravention of Roman law. The purpose of this article is to demonstrate that accounts such as these need to be carefully analysed using elements of textual criticism in order to uncover perceptions of justice in the Roman world.

54 Omerzu (n. 3) at 163, 165; Kim, S. *Christ and Caesar – The Gospel and the Roman Empire in the Writings of Paul and Luke* (Grand Rapids Mich.: Eerdmans, 2008) at 172. See also Winter, B.W. and Clarke, A.D. *The Book of Acts in Its Ancient Literary Setting* (Grand Rapids Mich.: Eerdmans, 1993) at 347.

55 Meeks (n. 5) at 4 – 5.

THE EXPERIENCE OF ROMAN PRIVATE LAW IN SWITZERLAND

Jean-Philippe Dunand*

1. Introduction[1]

A true State since 1848, Switzerland was a political creation of the end of the Middle Ages.[2] Situated at the centre of Europe, the country has benefited from a multitude of cultural influences that have contributed to the evolution of the law. Under the Roman Empire, Helvetica comprised several provinces. At the time of the progressive decline of the occidental Roman Empire, a number of Germanic tribes settled in the territory. Foreshadowing the configuration of the three principal cultural regions of modern Switzerland, the Burgundians settled in the west (present-day French Switzerland), the Alamanni in the north and east (present-day German Switzerland), and the Lombards in the south (present-day Italian Switzerland).[3] The famous *leges barbarorum* therefore influenced both private and public law in Switzerland up until the modern era.[4] The Helvetic territory subsequently became part of the Holy Roman Empire of the German Nation, with different degrees of integration in different regions.[5] From the fifteenth century, Switzerland began to emancipate itself from the Empire.[6] The country acquired official independence in 1648 after the signing of the treaties of Westphalia. The official name, the "Swiss Confederation" was used from 1803. Switzerland became a federal state

1 The author thanks Miss Cara Doherty, King's College London for her help in translating this text into English.

2 Jean-Jacques Bouquet, Histoire de la Suisse [Collection Que sais-je?], Paris 2004, p. 3.

3 René Pahud de Mortanges, *Schweizerische Rechtsgeschichte*, *Ein Grundriss*, Zurich/St. Gallen 2007, p. 12; Urs Reber, Droit germanique, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 30 Jan. 2006).

4 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 21 ff.; Reber (n. 3).

5 Marco Jorio, Saint empire romain germanique, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 29 May 2012).

6 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 55 ff.

* Professor, University of Neuchâtel, Switzerland.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 227-239

in accordance with the Constitution of 1848. This federal state was later consolidated and given wider competences in the Constitution of 1874.[7]

Swiss law was therefore formed as much on the basis of Germanic as Roman tradition. This modest contribution, written in homage to our eminent colleague Laurens Winkel, attempts to provide a synthesis of the experience of Roman private law in Switzerland. This text will concentrate on four significant aspects: the reception of Roman law (thirteenth – seventeenth centuries); legal science (sixteenth – nineteenth centuries); the cantonal and federal codifications (nineteenth – twentieth centuries) and finally, Roman law today.

The subject matter is vast and complex. The experience of Roman law in Switzerland differed significantly in different places and eras.[8] The panorama that follows will therefore inevitably be schematic.

2. The reception of Roman law in Switzerland (thirteenth – seventeenth centuries)

During the twelfth century, Switzerland was essentially ruled by Germanic customs, in particular the Burgundian and Alemannic laws. This section will discuss the way in which Roman law was received in Switzerland following the renaissance of Roman law.

The "reception of Roman law" here means the process that began during the twelfth century during which the Roman way of legal thinking, and many of the rules found in the *Corpus iuris civilis*, as elaborated upon by the glossators and the commentators, became an integral part of most European legal systems. Strictly construed, the reception concerns the direct application of the rules of Roman law by civil and laic jurisdictions. This was preceded by the pre-reception, meaning the infiltration of Roman law under the influence of both ecclesiastic jurisdictions and law students educated in prestigious Italian and European universities.

In Switzerland, the process of the reception of Roman law was without doubt slower and less consistent than in other countries. Although the country benefited from an intense pre-reception (section 2.1), there was only a limited reception (section 2.2).[9]

2.1 The pre-reception of Roman law

Switzerland experienced a significant pre-reception of Roman law.[10] Initially this process resulted from knowledge acquired by Swiss jurists who were educated in a number of

7 Bouquet (n. 2), pp. 79 ff.; Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 173 ff.

8 Pio Caroni, Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?, in: *Europa e Italia, studi in onore di Giorgio Chittolini*, Florence 2011, pp. 55-79, 73 f.

9 On the reception of Roman law, see also Theodor Bühler, Die Methoden der Rezeption des römisch-gemeinen Rechts in die Erbrechte der Schweiz, in: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germanistische Abteilung 120 (2003), pp. 1-60 at p. 4.

10 Ferdinand Elsener, Die Einflüsse des römischen und kanonischen Rechts in der Schweiz, in: *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts*, Sigmaringen 1989, pp. 52-65 at pp. 54 ff.; Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 134 ff.

European universities. It has, for example, been shown that students from Switzerland often attended the University of Bologna as from the end of the twelfth century. Stelling-Michaud has stated that between 1265 and 1330 there were about 300 Swiss students in Bologna.[11] In the fourteenth and fifteenth centuries, Swiss students attended other universities including Bourges, Montpellier, Orléans and Pavia.[12] In Pavia, some of them had the privilege of attending classes taught by the famous jurist Baldo degli Ubaldi (Baldus).[13] At all the universities, the sources, either the Digest or the Code of Justinian, and the methodology, essentially the casuistic approach, were identical.[14]

Once these students returned to their countries, having obtained a doctorate in law (*doctor legum*, in Roman law) or in the two laws (*in utroque jure*, in Roman and Canon law), these new jurists, in their professional practices, contributed significantly to the spread of Roman legal culture in Switzerland.[15] Many of these former students eventually obtained positions at the highest levels of the Church, the imperial magistracy or within local administrations: bishops, chancellors of the Dukes of Austria, bailiffs, lawyers, prosecutors, judges, lawyers, legal advisors and so on.[16]

The students also evidently brought back to Switzerland the works they had consulted during their studies, such as copies of the Digest or Accursius' Great Gloss. This legal literature was then distributed throughout the Swiss territory. It is therefore possible to find such literature in a number of remarkable private libraries throughout the country.[17] Similarly, many chapters of canons, monasteries and abbeys such as Einsiedeln, St. Gallen, Solothurn and Valère possess fine collections of such works.[18]

A second factor in the pre-reception of Roman law in Switzerland was the ecclesiastic tribunals, notably the bishoprics of Basel, Chur and Lausanne. As from the second half of the thirteenth century, these tribunals used Romano-canonical procedure and sometimes even the foundations of the law of the land (*ius commune*).[19] For example, the rules established by the Bishop of Lausanne in the middle of the fourteenth century show, through the detail of the *litis contestatio*, at which point the Romano-Canonical procedure was introduced into this part of Switzerland.[20]

11 Sven Stelling-Michaud, La diffusion du droit romain en suisse, in: *Ius romanum medii aevi*, pars V, 12b, Varese 1977, p. 7.

12 Pascal Pichonnaz, Die Schweiz und das Römisches Recht, Ein Bild in groben Zügen, in: *Das Vermächtnis der Römer – Römisches Recht und Europa*, Bern/Stuttgart/Vienna 2012, pp. 21-46 at p. 27; Stelling-Michaud (n. 11), pp. 23 ff.

13 Stelling-Michaud (n. 11), p. 29.

14 Pichonnaz (n. 12), pp. 27 f.

15 Sven Stelling-Michaud, *L'Université de Bologne et la pénétration des droits romain et canonique en Suisse*, Geneva 1955.

16 Stelling-Michaud (n. 11), pp. 7 ff.

17 Stelling-Michaud (n. 11), pp. 20 ff.

18 Stelling-Michaud (n. 11), p. 22.

19 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 110 f.; Stelling-Michaud (n. 11), pp. 9 ff.

20 Stelling-Michaud (n. 11), p. 10.

2.2 The reception of Roman law

Although Switzerland appeared to be on track for a complete reception of Roman law, the process slowed down at the end of the Middle Ages for a number of political and sociological reasons.[21] The first reason was that Switzerland progressively gained greater independence from the Holy Roman Empire of the German Nation. After the Diet that was held at Worms in 1495, it was decided to institute a general tax and to create a supreme Tribunal of the Empire (*Reichskammergericht*). Paragraph 3 of the ordinance on the composition and activity of the Tribunal decreed that applicants would be judged chiefly under the *ius commune*, at least if the parties did not request the application of any specific local rules.[22] The Old Swiss Confederacy, which was omitted from the Diet, did not submit to these decisions.[23] In 1499, the peace treaty of Basel was signed, which brought to an end the Swabian War in which the Confederacy had battled the armies of King Maximilian I as well as the troops of a league of cities in southern Germany.[24] The desire for political independence went hand-in-hand with a desire for an independent legal order, and thus for independence from the *ius commune.* This process was still ongoing nearly a century and a half later when Switzerland obtained an "exemption" from all imperial jurisdiction in the treaties of Westphalia in 1648.[25]

The second reason, linked to the first, came from the desire to give precedence to the local customary sources, which constituted popular and accessible law, as against Roman sources that represented a foreign and scholarly law, which could not be understood or interpreted without the help of legal scholars.[26] There was still insufficient legal education in Switzerland, even though jurists were being educated at Swiss Universities (in Basel as from the fifteenth century) as well as ones abroad (notably Berlin, Heidelberg and Paris).[27] Judges were therefore usually laypersons, often traders or artisans who did not have a legal education.[28] In addition, the republican ideal, which had become entrenched in different Swiss cantons in both urban and rural areas, advocated a direct and democratic control of legal affairs, so that both legal science and jurists were distrusted.[29]

A source is often cited in this context, despite its doubtful authenticity, because it appears to reflect the spirit that was widespread in the Confederacy in the sixteenth and seventeenth centuries.[30] In proceedings heard before a tribunal in Frauenfeld in the sixteenth century, Thurgau, a lawyer from Zurich with a doctorate in law, based his

21 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 141 ff.

22 Carlo Augusto Cannata, Le droit écrit à Neuchâtel, pays de coutumes, in: *Cahiers de l'Institut de sociologie et de science politique de l'Université de Neuchâtel*, N 9 (Mar 1987), pp. 31-46 at pp. 36 f.

23 Jorio (n. 5).

24 Bouquet (n. 2), pp. 34 f.; Pahud de Mortanges (n. 3), p. 57.

25 Bouquet (n. 2), p. 44; Jorio (n. 5).

26 Clausdieter Schott, Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele … , in: *Gerichtslauben-Vorträge, Freiburger Festkolloquium zum fünfundsiebzigsten Geburtstag von Hans Thieme*, Sigmaringen 1983, pp. 17-45 at pp. 40 ff.

27 Cannata (n. 22), pp. 41 f.

28 Caroni (n. 8), p. 71; Pahud de Mortanges (n. 3), p. 116.

29 Caroni (n. 8), p. 62.

30 Cannata (n. 22), pp. 39 ff.; Schott (n. 26).

pleadings on Roman sources and an assortment of scholarly references, notably from the famous commentators Bartolus and Baldus. The president of the Tribunal sceptically responded, "Listen, Doctor, Bartolus, Baldus and other consulting jurists matter little to us in the Confederacy because we have our own customs and laws".[31]

These diverse factors explain why Switzerland did not experience a true reception of Roman law. The territories making up Switzerland were regulated by a myriad of customs, territorial laws, local statutes and codes, usually in the Germanic tradition.[32] Thus the Alemannic law (*lex Alamannorum*) strongly influenced Swiss law. Some dispositions concerning family and succession law were even reflected in a number of legislative measures up until the seventeenth century.[33] Another example is the Mirror of Swabia (*Schwabenspiegel*), which had an important influence on certain customs (notably those in the regions of Glarus and Davos) and municipal laws (Chur and Lausanne).[34]

Despite this, traces of Roman law remained in certain regions of Switzerland. The terminology of Roman law and certain Roman rules were sometimes reflected in local customs or statutes.[35] The influence of the Roman legal tradition was also demonstrated from the fifteenth century onwards when there was increasing recourse to legal opinions, inspired by the Italian commentators, in proceedings in certain tribunals in large Swiss cities.[36] Citizens and parties to the proceedings thus used formulas and collections of legal models formulated by experienced notaries and jurists.[37] Furthermore, in certain cities such as Geneva or regions such as Grisons, Roman law was sometimes considered a supplementary law.[38] In 1719, the statute of Basel (*Stadtgerichtsordnung)* provided for the *ius commune* to interpret or fill the gaps in the local law.[39]

3. Legal science (sixteenth – nineteenth centuries)

Despite the attachment to local law and the republican spirit, and the distrust of scholarly law and jurists, academies and universities were founded in Basel (1460), Geneva (1566), Bern (1679), Lausanne (1708), Fribourg (1763), Zurich (1833) and Neuchatel (1840), all of which taught Roman law from their inception.[40] In a remarkable and somewhat

31 Anecdote cited by Schott (n. 26), p. 18.

32 Eugen Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts* (four vols.), vol. 4, Basel 1886-1893, pp. 18 ff.; Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 91 ff.; Reber (n. 3).

33 Reber (n. 3).

34 Theodor Bühler, Miroir de Souabe, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 19 Jan. 2010).

35 Stelling-Michaud (n. 11), pp. 12 f.

36 Stelling-Michaud (n. 11), pp. 29 f.

37 Stelling-Michaud (n. 11), pp. 15 ff.

38 George-Auguste Matile, *De l'autorité du droit romain, de la coutume de Bourgogne et de la Caroline dans la Principauté de Neuchâtel*, Neuchâtel 1838, pp. 27 ff.

39 Pio Caroni, Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: "Vaterländisches Recht" nella Svizzera settecentesca, in: *Il diritto patrio, Tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Rome 2006, pp. 173-197 at pp. 187 ff.

40 Ferdinand Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zurich 1975, pp. 34 ff.; Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 143 ff.

surprising way, Switzerland participated in the development of European legal science by contributing, in different degrees, to the rise of three large legal schools, the humanist school (section 3.1), the modern school of natural law (section 3.2) and the pandectist school (section 3.3).

3.1 The humanist school

In the sixteenth century, the Universities of Geneva and Basel became important bases of legal humanism.[41] Their publication of sources contributed to the spread of Roman law throughout Europe. These Universities benefited from the skills of a number of legal humanists who had fled religious persecution.

For example, the famous legal humanist Francois Hotman (1524-1590) spent a large part of his career in Switzerland. Having been Calvin's secretary in Geneva (1547), a professor of classical languages at the Academy of Lausanne (1550-1555), and having obtained a doctorate at the University of Basel (1558), he finally left France in 1572 after the Saint Bartholomew's day massacre and established himself in Switzerland, firstly in Geneva and then in Basel. He published there his major works, which had a large influence on European legal thought: Franco-Gallia (1573) and Antri-Tribonian (1603).[42]

As a French refugee in Switzerland, Denis Godefroy (1549-1621) participated in the most significant phase of Genevan legal humanism. It was in Geneva that publication of his most famous work started in 1583: the edition of the Justinian compilation published for the first time under the title *Corpus iuris civilis*.[43] This edition, accompanied by a reproduction of the Great Gloss of Accursius, alongside a commentary and critiques, had immense success amongst jurisconsults, theorists and practitioners alike. It was also thanks to Denis Godefroy that the Twelve Tables was restored to its original text for the first time.[44] His son, Jacques Godefroy (1587-1652), who was born in Geneva and taught at the Academy in the same city, followed in his footsteps. Apart from his numerous studies on various historic phases of Roman law, his editions of juridical works and his critiques on the Twelve Tables, Jacques Godefroy is above all known for his edition of and commentary on the Theodosian Code.[45]

In 1460 Basel, an independent city, became the first in Switzerland to found a University. The first teachers of Roman law at this University were reputable professors from Pavia.[46] Basel became an important centre of legal humanism, led by people such as Bonifacius Amerbach (1495-1562), who studied law in Avignon under André Alciato

41 On Genevan legal humanism, cf. Vincenzo Piano-Mortari, L'humanisme juridique à Genève des origines jusqu'à Jacques Godefroy, in: *Jacques Godefroy (1587-1652) et l'humanisme juridique à Genève*, Basel/Frankfurt-on-Main 1991, pp. 27-46.

42 Carlos Gilly, Hotman, François, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 21 Nov. 2006).

43 Piano-Mortari (n. 41), p. 40.

44 Piano-Mortari (n. 41), p. 41.

45 Piano-Mortari (n. 41), pp. 44 f.

46 Stelling-Michaud (n. 11), p. 30.

(1492-1550), his son Basile Amerbach (1533-1592), a specialist in Roman epigraphy who studied law in Pavia, Bologna and Bourges, and the famous Desiderius Erasmus (1466-1536).[47]

3.2 The modern school of natural law

In the eighteenth century, French Switzerland played a fundamental role in the spread of the German natural-law doctrine, and so indirectly in the spread of Roman law, in France and in the Anglo-Saxon world.[48] This "Swiss-French school of natural law" comprised a number of scholars who taught mostly in the Academies of Fribourg, Geneva, Lausanne and Neuchatel. Their works included the popular treatises by the Genevan Jean-Jacques Burlamaqui (1694-1748) and Emer de Vattel from Neuchatel (1714-1767), as well as the translations by Jean Barbeyrac (1674-1744) of important works by the eminent natural lawyers Hugo Grotius and Samuel von Pufendorf.[49]

Originally from Languedoc, Jean Barbeyrac (1674-1744), already known for his French translation of *The Law of Nature and People* by Samuel von Pufendorf, which appeared in 1706, was named to the new chair of law and history created at the Academy of Lausanne. After holding the office of Rector of this academy (1714-1717), in 1724 he published a translation of *The Law of War and Peace* by Grotius, which made him famous.[50] Certain works of Barbeyrac were recently re-edited and continue to generate research in both continental Europe and the Anglo-Saxon world.[51]

Emer de Vattel (1714-1767) of Neuchatel had an exceptional destiny. After a diplomatic career which took him to the chancellery in Warsaw and the private council in Dresden, in 1758 he published a work on *The Law of People; Principles of Natural Law Applied to the Conduct of Affairs of Nations and Sovereigns*.[52] This treatise, which Vattel devoted to the founders of public international law, was translated into a number of languages and is still read throughout the world today.[53]

47 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 139 ff.; Bénédict Winiger, Droit romain, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 14 Apr. 2011).

48 Alfred Dufour, Droit naturel, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 22 Sep. 2011); Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 147 ff.

49 Alfred Dufour, *Le mariage dans l'école romande du droit naturel au XVIII^e siècle*, Geneva 1976, pp. 1 ff.

50 Philippe Meylan, *Jean Barbeyrac (1674-1744) et les débuts de l'enseignement du droit dans l'Académie de Lausanne*, Lausanne 1937; Jean-François Poudret, Barbeyrac, Jean, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 5 May 2004).

51 Denis Tappy, De Barbeyrac aux premiers Masters en droit de la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Unil: 300 ans d'enseignement du droit à Lausanne, in: *300 ans d'enseignement du droit à Lausanne*, Geneva/Zurich/Basel 2010, pp. 1-45 at p. 3.

52 Peter Haggenmacher, Vattel, Emer de, in: *Dictionnaire historique de la Suisse*, *www.hls-dhs-dss.ch* (retrieved: 13 Mar. 2013).

53 Yves Sandoz (ed), *Réflexions sur l'impact, le rayonnement et l'actualité du "droit des gens" d'Emer de Vattel – A l'occasion du 250^e anniversaire de sa parution*, Brussels 2010.

3.3 The pandectist school (nineteenth century)

There were numerous significant ties between the German pandectist school and Switzerland, which were most noticeable in the domain of university-based research and teaching. Many Swiss professors who had studied or taught in Germany were influenced by the historical school of law founded by Savigny. Furthermore, many German professors taught in Swiss Universities.

We know, for example, that the famous Swiss professors Johann Jakob Bachofen (1815-1887), Johann Caspar Bluntschli (1803-1881) and Friedrich Ludwig Keller (1799-1860), often considered to be the founder of modern legal science in Switzerland,[54] were all students of Savigny. Keller even had the honour of succeeding to the chair of Savigny, who considered him to be the Romanist in Berlin most worthy to do so.[55]

Furthermore, a number of eminent German pandectists, post-savignyians, taught at Swiss-German Universities, for example, Heinrich Dernburg (1829-1907), Theodor Mommsen (1817-1903) and Ferdinand Regelsberger (1831-1911) in Zurich, as well as Rudolf von Jhering (1818-1892), Ernst Rabel (1874-1955) and Bernhard Windscheid (1817-1892) in Basel, and Philipp Lotmar (1850-1922) in Bern.[56] Even though they did not usually stay in Switzerland for more than a few years, the constant presence of German Romanists strongly influenced legal science in Switzerland as well as cantonal and federal codifications.[57]

4. Cantonal and federal codifications (nineteenth – twentieth centuries)

Codification constituted a crucial moment in the experience of Roman law in Switzerland. Both the cantonal civil codes (section 4.1) and the federal codes (section 4.2) contain a number of institutions and rules derived from Roman law.

4.1 Cantonal codifications

As required by the principal of federalism, codification firstly took place at cantonal level. This is the reason that most Swiss cantons adopted a civil code during the nineteenth century.[58]

It is possible to distinguish three groups of codifications according to the models that inspired them.[59] The first group comprises the codifications that subscribe to the spirit of the French Civil Code. These are the civil codes from French Switzerland

54 Pio Caroni, Die Schweizer Romanistik im 19 Jahrhundert, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), pp. 243-271 at p. 246.

55 Caroni (n. 8), p. 76.

56 Caroni (n. 54), p. 251.

57 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 206 f.

58 Huber (n. 32), vol. 4, pp. 185 ff.

59 Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 207 ff.; Virgile Rossel and Fritz-Henri Mentha*, Manuel du droit civil suisse*, vol. 1, Lausanne/Geneva 1922, pp. 11 ff.

and the canton of Tessin.[60] The second group comprises the codifications that took the Austrian Civil Code as a model. Examples are the Civil Code from the canton of Berne, drafted by Professor Samuel Ludwig Schnell (1775-1849), as well as codes from the cantons of Aargau, Lucerne and Solothurn. Finally, the third group comprises the later codifications, drawn up in the second half of the nineteenth century under the influence of the German historical school. This group includes not only the Zurich Civil Code, the work of Professors Friedrich Ludwig Keller (1799-1860) and Johann Caspar Bluntschli (1803-1881), professor of German private law in Heidelberg, but also the codes of certain cantons of central Switzerland (Glarus and Zug) and eastern Switzerland (Schaffhausen and Thurgau).

Globally, Roman law, like Germanic law, left profound traces on all these codifications.[61] This is hardly surprising as all the models for the cantonal civil codes, namely the French Civil Code, the Austrian Civil Code and the historic school of law, were themselves rooted in the *ius commune*.[62]

4.2 The federal codifications

In 1874, the federal constitution gave the Swiss Confederation the competence to legislate on all matters relating to commerce. It was only in 1898 that the Confederation permitted itself to legislate on the ensemble of private law.[63] This is why the Federal Code of Obligations, adopted in 1881, preceded the Swiss Civil Code, adopted in 1907. These two codifications bear strong marks of the Roman juridical tradition.[64] It is undoubtedly Roman law that gave the Swiss codes, like other important European codes, the foundational juridical basis that continues to determine these rules, in particular in the areas of property law and the law of obligations.[65] For example, the dispositions on original acquisition of property, easements and the general section of the Code of Obligations have striking similarities to Roman sources.[66]

60 On the influence of the Napoleonic Code on the civil codes of the French-Swiss cantons, cf. Jean-Philippe Dunand, Le code Napoléon comme modèle des codes civils des cantons suisses romands, in: *A l'Europe du troisième millénaire, Mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi*, vol. 4, Milan 2009, pp. 1927-1958.

61 Rossel/Mentha (n. 59), p. 37.

62 Pichonnaz (n. 12), pp. 33 f.

63 Rossel/Mentha (n. 59), pp. 35 ff.

64 Jean-Philippe Dunand and Alexis Keller, L'Europe, la Suisse et l'expérience du droit romain, foreword of Peter Stein's book, *Le droit romain et l'Europe, Essai d'interprétation historique*, Brussels/Paris/Zurich 2004, pp. XVI ff.; Pahud de Mortanges (n. 3), pp. 221 ff.; Hansjörg Peter, La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste, in: *Rapports suisses présentés au XV^ème Congrès international de droit comparé*, Zurich 1998, pp. 337-351 at pp. 341 ff.; Winiger (n. 47).

65 Winiger (n. 47).

66 See the numerous examples cited by Bruno Schmidlin, *Droit privé romain I*, Lausanne 2008 and Jean-Philippe Dunand, Bruno Schmidlin and Bénédict Winiger, *Droit privé romain II*, Geneva 2010. Equally interesting to consult is the collection of Hansjörg Peter, *Textes de droit romain et de droit suisse des obligations*, Zurich 2011, which discusses texts of Roman law alongside the Swiss law of obligations.

A study of the personalities who conceived these two codes shows why they display such a strong Roman influence. Professor Walther Munzinger (1803-1873), compiler of the Code of Obligations, had studied in Berlin under the best pandectists.[67] In his work, Munzinger was inspired by rules applied in the French and German juridical orders as well as those in the Swiss cantons.[68] He considered the modern law of obligations to be based on Roman law and believed that in principle there was no contradiction in this field between Germanic and Roman law.[69]

The history of the Swiss Civil Code is different.[70] Professor Eugen Huber (1849-1923), the driving force behind the Swiss Civil Code,[71] was strongly influenced by the German historical school. Huber, who completed part of his legal studies in Berlin and afterwards taught at the University of Halle, considered that the evolution of law was determined by the needs and convictions of the populations concerned.[72] Insofar as law is a product of history, the Civil Code could not succeed unless it concretised the popular conscience of the Swiss people.[73] He wished to give Switzerland a national civil code independent of all foreign influence, which could reflect "the aspirations of the popular conscience".[74]

Huber was convinced that Swiss private law resulted from various cantonal laws. It must be remembered that at the end of the nineteenth century, despite the adoption of the federal Code of Obligations, Swiss private law did not really exist. It actually comprised a number of local laws, essentially the cantonal civil codes, which as we have seen, were themselves strongly influenced by the Roman tradition. Huber was an expert on cantonal legislation. On a mandate from the Swiss society of jurists he had drafted a vast study comparing the cantonal civil laws and their history,[75] and had notably concluded that Roman, Germanic and French traditions were often present in the majority of Swiss regions.[76]

67 Bénédict Winiger, Le Code suisse dans l'embarras entre BGB et Code civil français, in: *Le Code civil français dans le droit européen*, Brussels 2005, pp. 153-170 at p. 155.

68 Hans Merz, Die Quellen des schweizerischen Obligationenrechts von 1881, Ein Beispiel interner Rechtsvereinheitlichung, in: *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1981, pp. 667-679; Pichonnaz (n. 12), pp. 34 f.

69 Winiger (n. 67), p. 156.

70 On the history of the compilation of the Swiss Civil Code, cf. Jean-Philippe Dunand, Les origines et le rayonnement du Code civil suisse, in: *Le centenaire du Code civil suisse*, Paris 2008, pp. 9-34; Rossel/Mentha (n. 59), pp. 38 ff.

71 Dominique Manaï, *Eugen Huber – Jurisconsulte charismatique*, Basel/Frankfort-on-Main 1990, pp. 64 ff.

72 Winiger (n. 67), p. 156.

73 Dunand (n. 70), p. 20.

74 Eugen Huber, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département Fédéral de Justice et Police*, vol. 1, Berne 1901, p. 2.

75 Huber (n. 32). On the influence of the Swiss society of jurists, see Jean-Philippe Dunand, D'une codification à l'autre: le rôle de la Société suisse des juristes dans l'unification du droit suisse, in: 150 *Jahre Schweizerischer Juristenverein (1861-2011)*, Basel 2011, pp. 213-242, at p. 223 ff.

76 Winiger (n. 67), p. 167.

Finally, as stated above, the Swiss Civil Code adopted a number of rules from the Roman tradition, in particular on the subject of property law. It also contained typically Germanic institutions such as the marriage contract, the inheritance pact and the principle of publicity in property law.[77]

5. Roman law today

As we have seen, the Roman juridical tradition constituted one of the major components of Swiss private law. This tradition has been cultivated in the Universities (section 5.1) and in the jurisprudence of the federal court, the highest judicial body in the country (section 5.2).

5.1 Roman law at university

As indicated above, Roman law was taught at the Swiss Universities and Academies from their inception, a practice that has continued up until today. In French Switzerland, all law students, and thus all future jurists, are initiated into Roman law by obligatory courses given in the first cycle of their studies. More specialist courses often follow this introductory course. The courses set out to examine and explain the institutions and rules of modern and private law in the light of their history, with reference to historic sources. Thus courses in Roman law take into account the evolution of contemporary civil law.[78]

A number of books written by professors teaching at these Universities have become classic works on the study of law. Prime examples are the manuals *Roman Private Law I* (Schmidlin)[79] and *Roman Private Law II* (Schmidlin/Cannata),[80] recently replaced by the new manuals *Roman Private Law I* (Schmidlin)[81] and *Roman Private Law II* (Dunand/Schmidlin/Winiger),[82] the handbook devoted to the *Roman Foundations of Private Law* (Pichonnaz),[83] the *Glossary of Roman Law* (Dunand/Pichonnaz),[84] as well as the *Texts of Roman Law and Swiss Law of Obligations* (Peter).[85]

A number of monographs that have appeared in French Switzerland in the last fifteen years keep the Roman tradition in mind, often through a historic and comparative perspective.[86] The subjects treated include the abuse of law,[87] the recognition of abstract

77 Reber (n. 3).

78 Pascal Pichonnaz, Droit romain: enseignement, méthode et contribution à la réflexion du juge, in: *Index* 39 (2011), pp. 58-77.

79 Bruno Schmidlin, *Droit privé romain I*, Lausanne 1988.

80 Bruno Schmidlin and Carlo Augusto Cannata, *Droit privé romain II*, Lausanne 1991.

81 Schmidlin (n. 66).

82 Dunand/Schmidlin/Winiger (n. 66).

83 Pascal Pichonnaz, *Les fondements romains du droit privé*, Paris/Geneva/Zurich/Basel 2008.

84 Jean-Philippe Dunand and Pascal Pichonnaz, *Lexique de droit romain*, Brussels/Geneva/Zurich/Basel 2010.

85 Peter (n. 66).

86 Dunand/Keller (n. 64), pp. XXXI f.; Olivier Guillod, Cent ans de sollicitude: un code civil soucieux de la personne humaine, in: *Revue de droit suisse* 126 (2007) II, pp. 51-164, at p. 73.

87 Ursula Elsener, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Basel 2004.

debt,[88] compensation,[89] pre-contractual responsibility,[90] contractual justice,[91] trust management,[92] donation burdened by a charge,[93] a carrier's responsibility,[94] Aquilian responsibility,[95] civil responsibility for risk,[96] and the sale of property in enforcement proceedings.[97]

5.2 Roman law in jurisprudence

In Helvetic jurisprudence litigation constantly requires the interpretation of rules and institutions with a Roman origin, found in the Civil Code and the Code of Obligations. These rules have been codified in substantive Swiss law, and interpreted with the help of jurisprudence and doctrine on Swiss private law. Sometimes the Federal Court refers directly to historic sources in its judgements.[98] Three significant instances of jurisprudence are cited below.[99]

The first example concerns the mixing of money. The Federal Court considered that, "in conformance with *ius commune*", "the person who, even in bad faith, mixes the money of another with his own, becomes proprietor of all".[100] This solution, confirmed in a number of cases,[101] relies on the specific approach to the mixing of money practised in Roman law.[102]

The second example concerns risks in a contract of sale. The famous rule *periculum est emptoris*, having a Roman origin, was codified in Swiss law in article 185.1 of the Code of Obligations: "The benefit and risk of the object pass to the buyer on conclusion

88 Eric Muster, *La reconnaissance de dette abstraite (articles 17 CO et 82ss LP) étude historique et de droit actuel*, Basel/Geneva/Zurich 2004.

89 Pascal Pichonnaz, *La compensation, analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg 2001.

90 Nicolas Kuonen, *La responsabilité précontractuelle*, Zurich 2007.

91 Laurent Duvanel, *La justice contractuelle dans la philosophie antique et le droit romain*, Basel/Geneva/Zurich 2004.

92 Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire "donner pour reprendre", Mancipio dare ut remancipetur, Analyse historique et comparative de la fiducie-gestion*, Basel/Geneva/Munich 2000.

93 Davide Cerutti, *Tra gratuità e onerosità studio di diritto romano e di diritto svizzero*, Geneva/Basel/Zurich 2008.

94 Aurélien Stettler, *La responsabilité du transporteur pour perte, avarie et/ou livraison de la marchandise étude de droit suisse avec un aperçu de droit romain*, Geneva/Basel/Zurich 2008.

95 Bénédict Winiger, *La responsabilité aquilienne romaine, damnum iniuria datum*, Basel/Frankfort-on-Main 1997.

96 Guillaume Etier, *Du risque à la faute, évolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun*, Brussels/Geneva/Zurich/Basel 2006.

97 Serge Segura, *La cession bonorum étude comparée de droit romain et de droit suisse*, Basel/Geneva/Zurich 2004.

98 Pichonnaz (n. 78), pp. 62 ff.

99 The judgements cited can also be consulted online via the website of the Federal Court (*www.bger.ch*).

100 ATF 47 (1921) II 267, 271.

101 Cf. for example the judgement 6B_994/2010 of 7 Jul. 2011, c. 5.3.3.1.

102 On this question cf. Jean-Philippe Dunand and Davide Cerutti, Le régime juridique du mélange d'argent – Consécration jurisprudentielle d'une règle d'origine romaine, in: *Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag*, Bern 2007, pp. 193-204.

of the contract … .” Yet this does not accord well with the general principles of the Swiss law of obligations, notably with the rule that prescribes that the proprietor is entitled to the benefits and bears the risks of the object (*res perit domino*). In a judgement given in 2002, The Federal Court ruled on the interplay between the rule and the exceptions found in article 185. It was there that the origin of the rule *periculum est emptoris* was recalled and explained. Referring to Zimmermann, *The Law of Obligations*, the meaning of the phrase in the Roman era was expounded.[103]

Finally, the third example concerns the contractual responsibility of the seller. Where a buyer rescinds the contract of sale, article 208.2 of the Code of Obligations provides that the seller is responsible, regardless of fault, for damages resulting directly from delivery and defective merchandise. The meaning of this legal provision was controversial; however, the Federal Court recently had occasion to interpret it historically and systematically. In its analysis of the origin of this legal rule, the Federal Court noted “that the distinction between direct and indirect, or mediate or immediate damage, was already present in the *ius commune*”.[104]

6. Conclusion

Pragmatic in nature, respectful of local laws, distrustful of elites, the Confederacy has often privileged the German juridical tradition. In this contribution, however, I have had the opportunity to highlight the importance of the Roman juridical tradition. It is not enough to simply speak of the experience of Roman law; rather, it is necessary to speak of a variety of diverse experiences: of medieval Roman law, humanist Roman law, pandectist Roman law and codified Roman law. The interpretation and the application of law will necessarily differ depending on time, place and socio-political context. Globally, the Roman tradition has had a decisive influence on the development of private law in Switzerland.

Abstract

A true State since 1848, Switzerland was a political creation of the end of the Middle Ages. Situated at the centre of Europe, the country has benefited from a multitude of cultural influences that have contributed to the evolution of the law. This contribution puts forward a synthesis of the experience of Roman private law in Switzerland. The text concentrates on four significant aspects: the reception of Roman law (thirteenth – seventeenth centuries); legal science (sixteenth – nineteenth centuries); the cantonal and federal codifications (nineteenth – twentieth centuries) and finally, Roman law today. The contribution concludes that it is not enough to simply speak of the experience of Roman law; rather it is necessary to speak of a variety of diverse experiences. Whether it be medieval Roman law, humanist Roman law, pandectist Roman law or codified Roman law, it is never the same Roman law.

103 ATF 128 (2002) III 370, 373. On this judgement, see Pichonnaz (n. 78), pp. 62 f.

104 ATF 133 (2007) III 257, 267. On this judgement, see Pichonnaz (n. 78), pp. 65 ff.

PLINIUS, *EPISTULAE* 8,14: ABSTIMMUNGSPROBLEME IM RÖMISCHEN SENAT

Wolfgang Ernst* **

1. Einleitung

Epist. 8,14:[1] In diesem an den Juristen Aristo[2] adressierten Brief nimmt Plinius der Jüngere die Geschehnisse einer konkreten Senatssitzung zum Anlass, über die verfahrensmässige Behandlung konkurrierender *sententiae* – es ging um Strafurteile mit den Inhalten „Verbannung", „Todesstrafe" und „Freispruch" – zu räsonnieren. Die Befassung mit dem Brief von historiographischer und philologischer Seite hat durchweg zu negativen Beurteilungen geführt. Seit geraumer Zeit findet der Brief auch das Interesse von Vertretern der *public choice*-Forschung;[3] diese haben – aus einer anderen Blickrichtung – das seit langem ungünstige Urteil bestärkt. Nun hat vor kurzem Christopher Whitton entgegen

1 Jüngere Lit. zu diesem Brief: C. Whitton „Pliny, Epistles 8.14: Poetics, Politics and the Agricola" *JRS* 100 (2010) 118ff.; J. Harries „The Senatus Consultum Silanianum: Court Decisions and Judicial Severity in the Early Roman Empire" in: P.J. du Plessis (Hrsg.) *New Frontiers Law and Society in the Roman World* (Edinburgh, 2013) 51ff., 63ff.; umf. Literaturübersicht zu den Plinius-Briefen bei E. Lefèvre *Vom Römertum zum Ästhetizismus – Studien zu den Briefen des jüngeren Plinius* (Berlin/New York, 2009) 13ff.

2 Zu Aristo s. G. Wesenberg sV „Aristo" *RE-Suppl*. VIII (1956) 857ff.; A. Mantello *I dubbi di Aristone* (Ancona, 1990); zum Verhältnis Plinius – Aristo s. (knapp) D. Liebs *Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian* (München, 2010) 12; H. Halfmann „Die Catilii aus Apamea in Bithynien" in: H. Börm/N. Ehrhardt/J. Wiesehöfer (Hrsg.) *Monumentum et Instrumentum Inscriptum – Beschriftete Objekte aus Kaiserzeit und Spätantike als historische Zeugnisse Festschrift für Peter Weiss zum 65. Geburtstag* (Stuttgart, 2008) 127ff., 131.

3 Beginnend mit R. Farquharson *Theory of Voting* (New Haven, 1969) 57ff.; seither (Auswahl) W.H. Riker *Liberalism against Populism – A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice* (San Francisco, 1982) 173f.; J. Budzizewski „Persuading Caesar: a new interpretation of Farquharson's problem" *Public Choice* 51 (1986) 129ff.; L. Kern/J. Nida-Rümelin *Logik kollektiver Entscheidungen* (München/Wien, 1994) 69ff.

* Professor für Römisches Recht und Privatrecht, Universität Zürich.

** Für hilfreiche Kritik des Manuskripts danke ich Jürgen von Ungern-Sternberg, Basel, und Thomas Finkenauer, Tübingen.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 240-257

der „herrschenden Meinung“ dargetan, wie sorgfältig komponiert und anspielungsreich der Brief ist; Whitton weist dem Brief im Werk des Plinius eine herausgehobene Stellung zu.[4] In meinem Beitrag wird die von Whitton ausgeklammerte Abstimmungsthematik – das eigentliche Thema des Briefes – aufgrund der Arbeitshypothese untersucht, dass Plinius auch insoweit eine genau durchdachte Argumentation entfaltet. Durch „close reading“ soll der juristische Sachgehalt des Briefes rekonstruiert werden. Denn es ist ja ein juristisches Thema, um das sich der Brief in der Hauptsache dreht: Plinius trägt dem befreundeten *iuris consultus* Überlegungen vor, die eine Verfahrensfrage des *ius senatorium* betreffen; „materiellrechtlich“ steht das *Senatus consultum Silanianum* im Hintergrund. Der Brief selbst ist freilich kein juristischer Text.

Plinius’ theoretische Erwägungen müssen sauber von dem getrennt werden, was der Brief über die Senatsverhandlung erkennen lässt, wie sie – nach Plinius’ Bericht – tatsächlich abgelaufen ist: 8,14,16 bis 8,14,23 enthalten die für Aristo, die zeitgenössische Leserschaft und für die Nachwelt[5] entfaltete Argumentation, mit der Plinius seine Position begründet; diesem Teil voran- und nachgestellt sind Aussagen dazu, was er in der Senatssitzung erlebt und bewirkt haben will (8,14,12-15 bzw. 8,14,24). Die Einleitung, in welcher das Abreissen der guten Traditionen beklagt wird (8,14,1-11), soll hier nicht ausführlich behandelt werden; sie ist bereits vielfach ausgedeutet worden.[6]

2. Streitgegenstand und Verfahrensart

Zugrunde lag der gewaltsame Tod des Konsuls Afranius Dexter im Jahre 105.[7] Es war unklar, ob es sich um Fremdverschulden oder um Selbstmord – mit oder ohne Sterbehilfe – handelte (8,14,12). Das SC Silanianum, das man in die Zeit des Augustus setzt,[8] sah bei einem gewaltsamen Tod eines Sklavenhalters die Folterung und Exekution aller seiner Sklaven vor, die sich zur Tatzeit *sub eodem tecto* befunden hatten: Die ausgebliebene Hilfeleistung der Sklaven machte diese mitschuldig am Tod.[9] Die einzelnen Begriffe

4 O. Fn. 1; ähnl. Harries (o. Fn. 1) 63: „letter is pivotal and designed, … a literary exercise“.

5 Zu Plinius’ *epistolae* als Vertreter des *genus epistolare* s. J. Radicke „Der öffentliche Privatbrief als ‚kommunizierte Kommunikation‘ (Plin. Epit. 4, 28)“ in: L. Castagna/E. Lefèvre (Hrsg.) *Plinius der Jüngere und seine Zeit* (München/Leipzig, 2003) 23ff.; É. Wolff *Pline le Jeune ou le refus du pessimisme* (Rennes, 2003) 83ff.

6 S. hierzu Whitton (o. Fn. 1) 122ff. u. öfter; Lefèvre (o. Fn. 1) 283; R.K. Gibson/R. Morello *Reading the Letters of Pliny the Younger – An Introduction* (Cambridge/New York, 2012) 133; R. Gazich „Retorica dell’esemplarità nelle lettere di Plinio“ in: Castagna/Lefèvre (o. Fn. 5) 123ff., 129f.; E. Lefèvre „Plinius’ Klage um die verlorengegangene Würde des Senats“, ebenfalls in dem von Castagna/Lefèvre herausgegebenen Band (o. Fn. 5) 189ff., 191f.

7 S.A.N. Sherwin-White *The Letters of Pliny – A Historical and Social Commentary* (Oxford, 1966) 461.

8 Zur umstr. Datierung s. Harries (o. Fn. 1) 55f.; H. Bellen *Politik – Recht – Gesellschaft – Studien zur Alten Geschichte* (Stuttgart, 1997) 284 m.w.Nachw. Auf die Frage, ob und inwieweit in solchen Fällen Folter und Strafbarkeit bereits in republikanischer Zeit gesetzlich angeordnet oder gewohnheitsrechtlich anerkannt waren, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

9 Literatur (Auswahl): Harries (o. Fn. 1) 51ff.; T. Finkenauer *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei* (Mainz, 2010) 77ff.; D. Dalla *Senatus consultum Silanianum* (Mailand, 1980, rist. 1994); R. Gamauf „‚Cum aliter nulla domus tuta esse possit …‘: Fear of Slaves and Roman Law“ in: A.

des SC Silanianum wurden Gegenstand eingehender Auslegung. Paulus widmete dem SC eine Monographie *ad senatus consultum Silanianum*.[10] Ob das SC bei Selbstmord anwendbar war, muss zweifelhaft erschienen sein.[11] Weitere Gesetzgebungsakte – bis hin zu Justinian – veränderten die Untersuchungs- und Bestrafungsanordnung; die spätere Entwicklung nach dem für uns massgeblichen Jahr braucht hier indes nicht zu interessieren. In den Digesten sammelt der Titel 29,5 einschlägige Auszüge aus den Juristenschriften; Codex 6,35 bringt diesbezügliches Kaiserrecht.

Ein wesentliches Problem in der Handhabung des SC Silanianum war es, auch testamentarisch Freigelassene noch in die Untersuchung/Bestrafung einzubeziehen, die an sich mit Testamentseröffnung frei und damit von Folter exemt waren. Ein ergänzender Senatsbeschluss (das sogenannte SC Neronianum) hat im Jahre 57 dafür gesorgt, dass die im Todeszeitpunkt vorhandenen Sklaven ohne Rücksicht auf eine etwaige testamentarische Freilassung gefoltert werden konnten.[12] Angeordnet war dazu eine Aufschiebung der Öffnung des Testaments bis nach erfolgter Untersuchung (D 29,5,3,18ff. Ulp 50 ed); Zuwiderhandlung wurde – möglicherweise erst später – unter Strafe gestellt (D 29,5,25,2 Gai 17 ad ed prov). Dieser Zusammenhang dürfte der Anlass gewesen sein, dass das SC Silanianum im Kontext des Erbrechts zur Ediktsmaterie wurde.

Eine *constitutio* unter Trajan ordnete den Einbezug der bereits zuvor, zu Lebzeiten des Gestorbenen Freigelassenen an, jedoch nur in die Untersuchung, nicht auch in die Bestrafung (D 29,5,10,1 Paul lib sing SC Silanianum).[13] Es liegt nahe, dass gerade der Tod des Afranius Dexter für Trajan der Anlass gewesen ist, zu bestimmen, dass sich die Untersuchung, also die Folter, auch auf die vom getöteten Sklavenhalter bereits zu Lebzeiten Freigelassenen erstreckte. Die Konstitution wäre dann dem Senatsverfahren vorausgegangen, sie hätte die „Rechtsgrundlage" dafür dargestellt, dass die Freigelassenen

Serghidou (Hrsg.) *Fear of Slaves, Fear of Enslavement in the Ancient Mediterranean* (Besançon, 2007) 145ff., 148ff.; O. Robinson „Slaves and the Criminal Law" *ZRG Rom Abt.* 98 (1981) 213ff., 233ff.; A. Schiavone *La storia spezzata – Roma antica e Occidente moderno* (Rom, 2002) 118ff., mit Anm. 241ff.; J.G. Wolf *Das Senatusconsultum Silanianum und die Senatsrede des C. Cassius Longinus aus dem Jahre 61 n. Chr.* (Heidelberg, 1988) 10ff.; G. Boulvert/M. Morabito „Le droit de l'esclavage sous le Haut-Empire" *ANRW* II/14 (1982) 98ff., 109ff.; W.W. Buckland *The Roman Law of Slavery – The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian* (Cambridge, 1908) 95ff.

10 So der Titel laut *Index auctorum*.

11 Spätere Juristen haben die Strafbarkeit der Sklaven davon abhängig gesehen, dass diese den Selbstmord hätten verhindern können: PS 3,5,4; D 29,5,1,22 Ulp 50 ed und dazu R. Mentxaka „A propósito de Ulp. 50 ad ed. D. 29, 5, 1, 22 y el suicidio del dominus" *BIDR* 2000/01, 23ff.; s. M. Frantzen *Mors voluntaria in reatu – Die Selbsttötung im klassischen römischen Recht* (Göttingen, 2012) 133ff.

12 Statt aller s. Harries (o. Fn. 1) 62; Wolf (o. Fn. 9) 11 Fn. 13.

13 Harries (o. Fn. 1) 65; Dalla (o. Fn. 9) 64, 66; Wolf (o. Fn. 9) 48; Boulvert/Morabito (o. Fn. 9) 108 Fn. 39; Th. Mommsen *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1899) 417; nicht einmal die Verleihung des *ius anuli aurei* schützte den Freigelassenen; D 29 5 10 11 Tryph 2 disp.

unter Folter zu befragen waren.[14] Hierfür spricht eine Wendung in 8,14,12 in der Plinius die von ihm selbst proponierte *sententia* so beschreibt: *hos alius ... post quaestionem supplicio liberandos … arbitrabatur.* Er geht also unproblematisch davon aus, dass die Freigelassenen der Folter unterworfen sind.[15] Da Trajan für die früher Freigelassenen nur die Folter, nicht aber die Bestrafung vorgeschrieben hat, wäre sehr gut erklärlich, dass man nun im Senat über die Frage streiten konnte, ob sich damit für die Freigelassenen auch eine Straffolge anschliessen sollte – und wenn ja: welche. Sherwin-White hat festgestellt, dass man länger als üblich gebraucht hat, um den Fall abzuschliessen;[16] dies könnte seinen Grund darin gehabt haben, dass zunächst eine Konstitution den Weg für die Folter der zu Lebzeiten Freigelassenen freigemacht hat.[17]

Die Sache wird im Senat verhandelt. Es handelt sich um den konsularisch-senatorischen Strafprozess.[18] Der Senat konnte, vorbehaltlich nur einer bereits anderweitigen Rechtshängigkeit, ein Strafverfahren über jeden Vorgang eröffnen. Die Befassung des Senats mit dem Tod des Afranius Dexter dürfte durch dessen Amtsstellung veranlasst worden sein. Im konsularisch-senatorischen Strafverfahren konnten sogar nicht verbotene Handlungen mit Strafe belegt werden; auch über das Strafmass konnte der Senat nach Gutdünken entscheiden:[19] Das Senatsgericht steht über den Gesetzen; es findet nicht eine eigentliche Gesetzesanwendung statt, vielmehr erfolgt die Strafentscheidung in einer losen Orientierung an den Gesetzen. Das Verfahren, insbesondere die Mehrheitsfeststellung, folgt den für die Senatsverhandlung geltenden Regeln;[20] die Literatur, die die Entscheidungsfindung im Senat behandelt,[21] kann insoweit herangezogen werden.

14 Weniger wahrscheinlich ist es, dass Trajan erst im Anschluss an das streitige Senatsverfahren eine Art *media sententia* erliess, die einen Einbezug der Freigelassenen in die Verhörregelung, nicht aber in die Strafbestimmung anordnete.

15 Harries (o. Fn. 1) 64 zweifelt, ob die Folter schon stattgefunden hatte oder nur eine Teiluntersuchung; hierfür spricht, dass Plinius die Todesursache noch als unklar ansieht.

16 Sherwin-White (o. Fn. 7) 461.

17 Zur Datierung des Briefes selbst s. Gibson/Morello (o. Fn. 6) 26 m.w.Nachw.

18 Zu ihm R.J.A. Talbert *The Senate of Imperial Rome* (Princeton, 1984) 460ff., 480ff.; F. de Marini Avonzo *La funzione giurisdizionale del senato romano* (Mailand, 1957) 20ff. u. öfters; J. Bleicken *Senatsgericht und Kaisergericht* (Göttingen, 1962); s. schon Mommsen „*Strafrecht*“ (o. Fn. 13) 251ff. F. Arcaria *Senatus censuit – Attività giuridica ed attività del senato in età imperiale* (Mailand, 1992) behandelt die Gerichtstätigkeit des Senats auf dem Gebiet des Privatrechts.

19 Talbert (o. Fn. 18) 471; Mommsen „*Strafrecht*“ (o. Fn. 13) 254; F. Stini *Plenum exiliis mare* (Stuttgart, 2011) 50.

20 Mommsen „*Strafrecht*“ (o. Fn. 13) 254.

21 Talbert (o. Fn. 18) 279ff.; E.S. Staveley *Greek and Roman Voting and Elections* (London, 1982) 227ff.; E. Flaig *Die Mehrheitsentscheidung – Entstehung und kulturelle Dynamik* (Paderborn, 2013) 373ff.; speziell zum konsularisch-senatorischen Strafverfahren auch A.H.M. Jones *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate* (Oxford, 1972) 110ff.; leider ist Paladini in ihrer gründlichen Untersuchung dazu, was aus dem Werk des Plinius für das Senatsverfahren zu entnehmen ist, auf unseren Brief nur am Rande eingegangen, weil sich ihr Interesse auf Wahlvorgänge konzentriert; L. Paladini „Le votazioni de senato Romano nell’età di Traiano” *Athenaeum* 37 (1959) 3ff., dazu die Rezension von P. Frezza *Iura* 11 (1960) 254ff. = *Scritti* II (2000) 297ff.

3. Der Hergang im Senat

3.1 Die in der "Umfrage" befürworteten *sententiae*

Von der Senatsverhandlung berichtet Plinius nur insoweit, als es um die Bestrafung der Freigelassenen geht (4,8,12). Vor dem Eintritt der Diskussion, von der er berichtet, war es auch um die Bestrafung der Sklaven, insoweit um die Alternative: Todesstrafe oder Freispruch, gegangen.[22] Offenbar hatten die Anhänger der Verbannungsstrafe einen integralen Antrag gestellt, der zugleich die Todesstrafe für die Sklaven vorsah. Dieser Antrag hatte sich jedoch eine Teilung gefallen lassen müssen (8,14,15), was durch das Verlangen „*divide*!" geschah.[23] Es lagen daher keine derartigen „Mischanträge" mehr vor.[24]

Hinsichtlich der Freigelassenen waren drei verschiedene Entscheidungsvarianten vorgeschlagen, nämlich Todesstrafe, Verbannung[25] und Freispruch. Es sei nochmals hervorgehoben, dass die Bestrafung in zweierlei Hinsicht als „Problemfall" angesehen werden konnte: Zum einen ging es möglicherweise um Selbstmord, für den die Bestrafung – schon der Sklaven – durch das SC Silanianum nicht angeordnet war, zum anderen fehlte eine „gesetzliche" Einbeziehung der Freigelassenen in die Strafanordnung. Beide Gesichtspunkte stellten indes im senatorisch-konsularischen Strafverfahren kein rechtliches Hindernis dar, die Freigelassenen nach Gutdünken zu bestrafen.

Plinius selbst ist der *auctor* der auf *absolutio* lautenden *sententia*. Plinius' Thema ist nicht das Strafurteil, sein Inhalt oder seine Begründung, sondern die reine Verfahrensfrage des *ius senatorium*. Es ist also nicht verwunderlich, dass wir nicht erfahren, aus welchem Grund Plinius für Freispruch eintrat, ob er also (a) rechtlich die Anwendbarkeit des SC Silanianum im Fall des Selbstmordes verneinte (oder bezweifelte) oder (b) den Einbezug der Freigelassenen in die Strafanordnung des *Senatus consultum* rechtlich verneinte (oder bezweifelte) oder ob er auf der tatsächlichen Seite (c) die Unschuld der Freigelassenen als bewiesen oder wenigsten den Tathergang (Mord/Selbstmord?) als ungeklärt ansah.[26] Für einen konsularisch-senatorischen Strafprozess verlangten diese Fragen gar nicht zwingend nach einer Antwort, weil der Senat willkürlich strafen konnte; sie lagen jedenfalls ganz ausserhalb dessen, was Plinius erörtern will. Wenn man annimmt, dass Trajan den Einbezug der zu Lebzeiten Freigelassenen bewusst auf die Untersuchung beschränkt hat, hätte Plinius mit dem Eintreten für Freispruch möglicherweise im Sinne des Herrschers gehandelt, der an dieser Senatssitzung nicht teilnahm.[27]

22 Für die Sklaven kamen nur die Todesstrafe oder Freispruch in Betracht; s. oben 2. zum SC Silanianum.

23 Talbert (o. Fn. 18) 282; M. Bonnefond-Coudry *Le Sénat de la republique Romaine – de la guerre d'Hannibal à Auguste* (Rom, 1989) 525ff.

24 Flaig (o. Fn. 21) 568 Anm. 89.

25 *Relegatio*: Verbannung unter Aufrechterhaltung des Bürgerrechts; s. Stini (o. Fn. 19) 36ff.; Sherwin-White (o. Fn. 7) 464; schon im Jahre 61 war in der Senatsverhandlung über die Anwendung des SC Silanianum nach dem Tod des L. Pedanius Secundus (dazu zuletzt Harries, o. Fn. 1, 60ff.; zuvor etwa Wolf, o. Fn. 9) eine Bestrafung der Freigelassenen in Form der *deportatio* (nach *italia*) beantragt worden; hier kennen wir sogar den *auctor*, Cingonius Varro; Tac. Ann. 14 45 2.

26 Anders Harries (o. Fn. 1) 66: Plinius „believed the freedman innocent".

27 Whitton (o. Fn. 1) 138.

3.2 Der Aufruf zur ersten *discessio*

Als Erstes sollte die auf Verbannung lautende *sententia* zum Aufruf kommen (8,14,13 und 8,14,19 *i.f.*). Das Ende von 8,14,13 legt nahe, diese *discessio*[28] habe bereits stattgefunden oder jedenfalls begonnen, als Plinius intervenierte. Flaig nimmt hingegen an, der versammlungsleitende Konsul habe zunächst die *sententia* des Plinius, also den „Freispruch", aufgerufen, weil es sich dabei um den weitergehenden Antrag gehandelt habe.[29] Hierfür gibt es im Text keinen Anhalt. Im Gegenteil wären bei diesem Aufruf die Gegner des Plinius im besten Recht, sich gemeinsam von den Freispruch-Anhängern abzusondern, da sie ja alle für etwas anderes sind als für Freispruch. Flaig kommt zu seiner Annahme, weil er apriorisch davon ausgeht, man habe zuerst und getrennt nur über die Schuldfrage abstimmen müssen.[30] Dieser, dem modernen Strafverfahren entnommene Unterschied ist dem Text unbekannt.[31] Es entsprach gerade dem senatorisch-konsularischen Strafverfahren, dass in freiem Ermessen entschieden wurde; dies schloss auch die Freisprechung ein. Die *sententiae* standen also, wie wir heute sagen würden, auf einer Stufe; keiner *sententia* gebührte ein logischer Vorrang. Dies war jedenfalls auch die Sicht Plinius', wie sich aus 8,14,22 ergibt.[32] Übrigens war das Konzept des weitestgehenden Antrags der römischen Abstimmungskultur fremd, abgesehen davon, dass nach moderner Vorstellung „weitestgehend" der Antrag mit der schärfsten Straffolge wäre.

Der zuerst vorgenommene Aufruf zur *discessio* für „Verbannung" ist erklärungsbedürftig, wenn man annimmt, die Abfolge der Aufrufe zur *discessio* habe sich an die Reihenfolge gehalten, in welcher die *sententiae* geäussert worden sind, wofür bekanntlich eine *ordo sententiarum* galt. Für diese war, kurz gefasst, der Rang der *auctores* massgeblich.[33] Gegenüber Plinius als Suffektkonsul[34] des Jahres 100 genossen die *consules designati* den Vorrang, ebenso alle, die das Konsulat vor ihm bekleidet hatten. Man kann daher keineswegs davon ausgehen, dass Plinius mit dem Vortrag seiner *sententia* an erster Stelle gekommen war. Ohnehin aber folgten die Aufrufe zur *discessio* nicht zwangsläufig in derselben Ordnung.[35]

3.3 Der von Plinius erwartete Verfahrensverlauf

Plinius erkennt die Absicht, dass die Anhänger der Todesstrafe, die sich jetzt zum Stimmführer für die Verbannung begeben, sich beim nachfolgenden Aufruf der Todesstrafe auch noch für diese erklären wollen. Die Anhänger der Todesstrafe wollen

28 Zu ihr s. Talbert (o. Fn. 18) 279f.

29 Flaig (o. Fn. 21) 381.

30 Flaig (o. Fn. 21) 382f.; ebenso Harries (o. Fn. 1) 63.

31 Wie hier Jones (o. Fn. 21) 111: „verdict and sentence … considered together".

32 Dazu unten 4.2.6.

33 Talbert (o. Fn. 18) 240ff.; Th. Mommsen *Römisches Staatsrecht*, Bd. III, Abt. 2 (Leipzig, 1888) 965ff.

34 A.R. Birley *Onomasticon to the Younger Pliny – Letters and Panegyric* (München/Leipzig, 2000) 16; zu diesem Amt s. W. Eck sV „Suffektconsul" in: H. Cancik/H. Schneider (Hrsg.) *Der Neue Pauly*, Bd. 11 (Stuttgart/Weimar, 2001) Sp. 1089f.

35 Bonnefond-Condry (o. Fn. 23) 549ff.

sich zunächst für die Verbannung aussprechen, um wenigstens diese Bestrafung sicherzustellen. An dieser Stelle sei bedacht, wie sich Plinius den Fortgang ohne seine Intervention vorgestellt haben muss. Verschiedene Verläufe sind zu unterscheiden.

(a) Was passiert, wenn sich sogleich eine Mehrheit für die Verbannung erklärt? Da es den Anhängern der Todesstrafe darum geht, zunächst einmal wenigstens eine Mehrheit für die Verbannung zusammenzubringen, sie dann aber – so die Erwartung des Plinius – auch noch versuchen wollen, eine Mehrheit für die Todesstrafe zu erreichen, ist davon auszugehen, dass die Todesstrafe im Anschluss zum Aufruf kommen würde. Wenn bei diesem Verlaufe des Gesamtvorgangs die Todesstrafe, ebenso aber auch Verbannung eine Mehrheit der Senatoren hinter sich bringt, wird der Konsul – so erwartet es Plinius – die Todesstrafe zum Inhalt des Senatsbeschlusses erheben; wir werden noch sehen, dass und warum dies möglich war.[36]

(b) Verfehlte die Verbannungslösung die Mehrheit, so musste im Anschluss der Vorschlag Todesstrafe zur *discessio* gebracht werden. (aa) Fand sich für die Todesstrafe eine Mehrheit, wäre der Senatsbeschluss so festgestellt worden. (bb) Wenn keine der auf eine Bestrafung lautenden *sententiae* eine Mehrheit gefunden hat – wie es der Hoffnung des Plinius entsprach –, brauchte man zu einer Entscheidung für den Freispruch eigentlich nicht mehr aufzurufen. Selbst wenn dabei eine *maior pars* für Freispruch verfehlt würde, wäre damit ja keine Bestrafung beschlossen.[37]

3.4 Der Verfahrensabschluss nach Plinius' Intervention

Nach Plinius' Ausführungen über die Berechtigung seiner Intervention (8,14,16-23) wird der Fortgang der Senatsverhandlung in 8,14,24 wieder aufgenommen. Wir erfahren, dass für die Todesstrafe keine *discessio* mehr stattfand, weil der bisherige *auctor* dieser *sententia* sie fallen liess und auch kein anderer Senator die Autorschaft dieser *sententia* übernehmen wollte. Die Anhänger des Stimmführers hinsichtlich der Todesstrafe folgten diesem, treten nun wie dieser für Verbannung ein (8,14,25).[38] Dass der Konsul tatsächlich auf das von Plinius geäusserte Begehren eingegangen wäre – wie Flaig meint[39] –, entspricht nicht dem Text. Wenn der versammlungsleitende Konsul das Verfahren wie von Plinius verlangt durchgesetzt hätte, hätte Plinius diesen Erfolg wohl kaum unerwähnt gelassen. Im Rahmen unserer – freilich fragmentarischen – Überlieferung wissen wir auch hinsichtlich der Folgezeit von keiner Senatsentscheidung, bei der man der Verfahrensvorstellung des Plinius gefolgt wäre.

Plinius hält sich den Umstand zugute, dass der Senator, der die Todesstrafe verlangt hatte, seine Meinung fallen liess; damit sei dieser vielleicht nicht dem Recht, aber jedenfalls der *aequitas* (wie Plinius sie auseinandergesetzt haben will) gefolgt (8,14,24). *Obtinui quidem, quod postulabo*: dies bezieht sich auf Plinius' Petitum, Befürworter der Verbannung dürften nicht auch noch für die Todesstrafe stimmen, nicht aber auf seine

36 Unten 5.3.

37 Ganz allgemein bedeutet der Umstand, dass sich für eine *sententia* keine *maior pars* findet, ja nicht, dass das kontradiktorische Gegenteil als Senatsbeschluss feststünde.

38 Ohne Grundlage im Text Flaig (o. Fn. 21) 382: die Anhänger der Todesstrafe verteilten sich auf Verbannung/Freispruch.

39 Flaig (o. Fn. 21) 382: „Konsul knickte ein".

eigene *sententia*, die auf Freispruch lautete. Nur: Die Möglichkeit, anschliessend noch für die Todesstrafe zu stimmen, entfiel, weil niemand sich mehr als *auctor* dieser *sententia* exponieren wollte, nicht weil man Plinius' Ansicht über die richtige Verfahrensordnung als gültig anerkannte.

Plinius berichtet nicht, ob schlussendlich auf Freispruch oder Verbannung erkannt wurde.[40] Wenn man annimmt, dass alle Anhänger der Todesstrafe sich für die Verbannung ausgesprochen haben, dürfte diese beschlossen worden sein.[41] Wir erfahren, dass die Freilassung mehr Senatoren auf ihrer Seite hatte als jeder der beiden Anträge (8,14,24; *etenim – fin.*); hieraus darf mit Vorsicht geschlossen werden, dass die beiden auf positive Bestrafung gerichteten Anträge zusammen mehr Anhänger hatten als die Meinung des Plinius. Hätten die Anhänger der Verbannung, verstärkt durch die Anhänger der Todesstrafe, keine Mehrheit dargestellt, wäre ja auch Plinius' Sorge von vornherein grundlos gewesen. Ob Plinius schlussendlich das Leben der Freigelassenen gerettet hat, mag man bezweifeln, da nicht sicher war, dass die zur *discessio* gebrachte Todesstrafe wirklich eine Mehrheit für sich gehabt hätte.[42]

Dazu, ob die Sklaven bestraft (= getötet) wurden, äussert sich Plinius nicht. Wenn man annimmt, dass die Freigelassenen schlussendlich verbannt wurden, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass die Sklaven hingerichtet wurden. Ein weiterer Schluss auf das Untersuchungsergebnis (Mord/Selbstmord/Selbstmordhilfe) ist nicht möglich, weil der Senat seine Strafurteile allenfalls auch im Fall des eigenhändigen Selbstmords hätte verhängen können.

4. Plinius' Ansicht und seine Argumentation

4.1 Was Plinius wollte

Es geht folgend – entsprechend dem Briefinhalt – um das Petitum des Plinius hinsichtlich des Verfahrensablaufs, wenn man so will, um seinen „Ordnungsantrag", nicht um seinen Sachantrag auf „Freispruch". Plinius selbst klärt uns darüber auf, dass er seine im Brief entfaltete Argumentation in dieser Ausführlichkeit nicht im Senat vorgetragen hat, wo er nur *multis obstrepentibus* hatte sprechen können (8,14,16).[43] Was genau im Senat zum Vortrag gekommen ist, lässt der Brief nicht erkennen. Plinius' eigene Sichtweise ist höflich in Fragen eingekleidet, die er dem Empfänger Aristo vorlegt. Diesem wird die Möglichkeit gelassen, der Sicht des Plinius zu widersprechen. Dabei ist Plinius' Position durchaus klar; sie wird hier ohne die der Höflichkeit geschuldeten Floskeln wiedergegeben.

40 Richtig Sherwin-White (o. Fn. 7) 466.

41 Zutr. Whitton (o. Fn. 1) 118f. mit Fn. 3; Harries (o. Fn. 1) 66; Dalla (o. Fn. 9) 66 Anm. 10; dass die *liberti* freigesprochen wurden, nehmen dagegen an Flaig (o. Fn. 21) 382, und vielleicht auch Sherwin-White (o. Fn. 7) 466: „Pliny gained the day".

42 Nach Harries (o. Fn. 1) wollte Plinius sich als besonders barmherzig darstellen, wozu er – Harries zufolge – wenig Anlass hatte.

43 R. Mayer „Pliny and Gloria Dicendi" *Arethusa* 36.2 (2003) 227ff., 232.

Das Petitum des Plinius besteht darin, dass sich die Anhänger der Todesstrafe nicht zunächst als Anhänger der Verbannung erklären dürfen. Wer immer sich bei der ersten *discessio* zum *auctor* begeben hat, dürfe sich nicht anschliessend, beim Aufruf zur *discessio* für die Todesstrafe, zum Stimmführer dieser *sententia* begeben. Plinius verlangt also, dass sich jeder Senator nur ein einziges Mal erklärt, und zwar für Todesstrafe oder Verbannung (oder Freispruch). Freilich werden die Zustimmung zu einer dieser drei *sententiae* nicht simultan abgegeben, wie es etwa geschieht, wenn jeder einen Stimmzettel erhält, auf diesen seine Wahl schreibt und dann abliefert. Da die Anhängerschaft für eine *sententia* durch *discessio* ermittelt wird, können die einzelnen *sententiae* nur nacheinander aufgerufen werden. Daher kann der Wunsch des Plinius, jeder könne sich nur für eine einzige *sententia* bekennen, allenfalls so umgesetzt werden, dass man bei dem Stimmführer, zu dem man sich als Erstes begeben hat, verbleiben muss.

Es ist eine zentrale Frage, ob Plinius sodann diejenigen *sententia* als mehrheitlich gutgeheissen ansehen würde, der von allen dreien die meisten Anhänger findet, also das relative Mehr erreicht. Wir werden noch sehen, dass Plinius in der rhetorischen Literatur Wahlmodelle vorfand, die auf die Massgeblichkeit der relativen Mehrheit schliessen lassen.[44] In der modernen Literatur besteht insofern Uneinigkeit über die Position des Plinius.[45] Es ist nicht anzunehmen, dass Plinius für die Massgeblichkeit des relativen Mehrs eintritt. Im Brieftext findet sich zu dieser Frage keine ausdrückliche Stellungnahme. Da im Senat die einfache (absolute) Mehrheit – *maior pars* – für die Billigung einer *sententia* erforderlich war, hätte eine diesbezügliche Änderung wohl den Erlass einer neuen *lex* hinsichtlich des Senatsverfahrens erfordert. Dergleichen hat Plinius ersichtlich nicht zur Diskussion gestellt; vielmehr bekundet er gerade die Absicht, die gute alte Tradition des Senatsverfahrens nach Möglichkeit wieder aufzunehmen. Auch für Plinius ist eine *sententia* erst dadurch gebilligt, dass sich die einfache (absolute) Mehrheit der anwesenden Senatoren für sie erklärt.[46] Dies ergibt sich eindeutig daraus, dass sich Plinius in seiner Argumentation auch mit dem auf der Hand liegenden Einwand auseinandersetzt, dass seine Verfahrensvorstellung die Verurteilungswahrscheinlichkeit herabsetzt;[47] dieser Einwand könnte nicht erhoben werden, wenn Plinius das relative Mehr hätte ausreichen lassen wollen. Schliesslich kann das relative Mehr nur schlecht durch eine Abfolge von *discessiones* ermittelt werden: Grösserer und kleinerer Teil lassen sich abschätzen, die relative Stärke nacheinander aufgerufener Anhängergruppen aber kaum.[48]

44 S. unten 5.2.

45 Für relatives Mehr Talbert (o. Fn. 18) 282; dagegen Flaig (o. Fn. 21) 568 Fn. 91.

46 Zutr. Flaig (o. Fn. 21) 568 Fn. 91.

47 S. unten 4.2.5.

48 Die Feststellung einer relativen Mehrheit setzt fast zwingend eine Zählung voraus, die im Senat im Allgemeinen nicht vorgenommen wurde; Talbert (o. Fn. 18) 283.

4.2 Wie Plinius argumentierte

4.2.1 Das historische Argument

Ein wesentliches Argument, mit dem Plinius sich auseinandersetzen muss, ist das Herkommen, dem das von seinen Gegnern vorgesehene Verfahren möglicherweise entspricht. Diesem, wie wir heute sagen würden, „historischen" Argument wird von Plinius vorbeugend entgegengearbeitet. Ausführlich schildert er 8,14,2-11 die Unterbrechung in der Tradition, derzufolge man im Senat nicht mehr über die Kenntnisse verfügte, wie man traditionsgemäss zu verfahren habe. Die wiederholte Berufung auf dieses Nichtwissen könnte man auch als einen Kunstgriff ansehen, mit welchem er dem Gegenargument zuvorkommt, er wolle etwas dem Herkommen Zuwiderlaufendes durchsetzen.

4.2.2 Die positive Senatsordnung

Plinius bezieht sich sodann auf eine *lex* (8,14,19). Es kann sich nur um die Verfahrensordnung des Senats gehandelt haben, die *lex Julia de senatu habendo*.[49] Danach erfolgt der Aufruf zur *discessio* mit den Worten: „*qui haec censetis, in hanc partem, qui alia omnia, in illam partem ite, qua sentitis*". Wir würden von einem Wortlaut-Argument sprechen: Der gesetzliche Aufruf zur *discessio* verlange nach einer Trennung derer, die für die aufgerufene *sententia* sind, von allen, die etwas anderes wollen. Dies schliesst es nach Plinius aus, dass jemand, der nachfolgend einer anderen *sententia* zustimmen will, sich zu den Befürwortern begibt.

4.2.3 Der Vergleich mit den drei Richtern

Eingeschoben ist eine hypothetische Abwandlung in die Situation, dass drei *iudices* hinsichtlich der Freigelassenen entscheiden sollen; einer erkennt auf die Todesstrafe, der zweite auf Verbannung, der dritte auf Freispruch (8,14,17). Plinius bestreitet die Möglichkeit einer „Mehrheitsentscheidung", wenn die Mehrheit erst durch Zusammenfassung inhaltsdivergenter Entscheidungen zusammengebracht werden kann. Damit befindet er sich im Einklang mit dem Mehrheitsverständnis, wie es in der römischen Rechtskultur aus dem Begriff der *maior pars* abgeleitet worden ist.[50]

Plinius vertieft das Argument, indem er fragt, ob einer der drei Richter zugleich für Todesstrafe und Verbannung sein könnte (8,14,18). Das Verfahren seiner Gegner, auf den Drei-Richter-Fall übertragen, würde es erlauben, das Verbannungsurteil eines derart „doppelt" – oder schizophren – urteilenden Richters mit dem des sogleich für Verbannung Stimmenden zu einer Mehrheit zusammenzufassen. Auf eine solche „schizophrene" Weise, so Plinius, könne sich ein einzelner Richter nicht äussern. Es sei ja auch nicht möglich, in der Realität eine Person sowohl zu verbannen als auch zu töten (8,14,18).

49 Zu ihr s. Talbert (o. Fn. 18) 222ff.

50 S. unten 5.2.

4.2.4 Das Argument der divisio

In 8,14,15 bezieht sich Plinius darauf, dass es neben der Bestrafung der Freigelassenen auch um die Bestrafung der Sklaven gegangen war. Dabei hatte sich eine *sententia*, die gesamthaft auf die Todesstrafe für die Sklaven und die Verbannung der Freigelassenen gerichtet war, eine Trennung gefallen lassen müssen.[51] Die Befürworter der „Paketlösung", die gesamthaft über Sklaven und Freigelassene hätten entscheiden lassen wollen, konnten also keine derartige einheitliche Abstimmung erzwingen, welche die Todesstrafe (für die Sklaven) und die Verbannung (der Freigelassenen) miteinander verbunden hätte – dagegen sollen sie sich nun mit den Anhängern der Todesstrafe für die Freigelassenen zusammentun können, und gegen diese Verbindung von Verbannungsanhängern und Anhängern der Todesstrafe solle man sich nicht verwahren können? Wir würden heute von einem Wertungswiderspruch sprechen.

4.2.5 Die sinkende Verurteilungswahrscheinlichkeit

In 8,14,21 wird ein denkbares Gegenargument widerlegt; hier müssen eine Entgegnung (erlebt oder erdacht) und deren anschliessende Entkräftung durch Plinius voneinander getrennt werden.[52] *At enim – quae absolvit*: Bei der Trennung von Todesstrafe und Verbannung (wie von Plinius verlangt) könnte der Freispruch überwiegen. Dieser Einwand ist verständlich vor dem Hintergrund, dass Plinius das Erfordernis der *maior pars* nicht antastet.[53] Offenkundig sinken die Aussichten einer Verurteilung, wenn sich diejenigen, die für eine Verurteilung sind, auf zwei verschiedene Strafarten aufteilen müssen. Die – nicht sehr überzeugende – Antwort des Plinius (*quid istud – mitius*): Das müssten die Senatoren hinnehmen; man dürfe den Freispruch eben nicht mit allen Mitteln bekämpfen. Es handelt sich um einen Zirkelschluss.

4.2.6 Der Vergleich mit der Fechterausscheidung bei den spectacula

Der Abschnitt *Oportet tamen eos – tertia exspectat* und die folgende Antwort des Plinius (8,14,22) können als Crux des Briefes gelten, sprachlich und in der Sache. Vom Schlusssatz *qua ergo – postea* sagte Helmut Kasten, „wir sollten doch einfach zugeben, dass wir ihn nicht verstehen".[54] Im Kern dieses Passus steht ein Vergleich zu den *spectacula* (*scilicet – exspectat*): Von drei Fechtern treffen zunächst zwei aufeinander; der Sieger tritt gegen den Dritten an. Wer in die Rolle des Dritten kommt, der sich keiner Vorausscheidung stellen muss, bestimmt das Los. Da der Vergleich mit den drei Fechtern einen sachlichen Gesichtspunkt veranschaulichen soll, lässt sich von hier aus erschliessen, worum es ging. Offenbar soll man sich ein in zwei Stufen aufgetrenntes Verfahren vorstellen, bei dem jeweils ein *victor* ermittelt wird. Besonders aufschlussreich für das diskutierte Verfahren ist der Satz *Quid, quod prima sententia comprobata ceterae perimuntur?* Nach Billigung der zuerst aufgerufenen *sententia* sollen die übrigen

51 S. oben 3.1.

52 So auch Sherwin-White (o. Fn. 7) 465.

53 Oben 4.1.

54 H. Kasten (Hrsg.) *C. Plini Caecili Secundi Epistularum Libri Decem*, lat.-dt., (München, 1968) 686.

sententiae gegenstandslos werden. Nun setzt auch das Vorgehen, das Plinius von seinen Gegnern erwartet, eine Abfolge mehrerer Abstimmungen voraus, dies aber so, dass nach Billigung der Verbannung die *sententia* betreffend die Todesstrafe sehr wohl noch im Raum steht und zur Mehrheitsfeststellung aufgerufen werden kann (8,14,13).[55] Hier (8,14,22) ist nun aber die Rede von der Erledigung der weiteren *sententiae* durch Annahme der *prima sententia*. Man muss annehmen, dass Plinius mit dem Vergleich zu der Fechterausscheidung eine andere Verfahrensgestaltung diskutiert, als die, deren Erwartung ihn zu seiner Intervention veranlasst. Die „Siegerfeststellung", die einer mehrheitlichen Billigung der *prima sententia* nachfolgt und alle weiteren *sententiae* erledigt, kann nur die förmliche Feststellung des Senatsbeschlusses sein. Denn nicht schon der Umstand, dass eine Senatorenmehrheit eine bestimmte *sententia* unterstützt, macht diese zum „Gewinner"; dies tut erst die förmliche Erklärung seitens des leitenden Magistrats.[56]

Lesen wir den Text vor dem soeben entwickelten Hintergrund: *Oportet tamen eos, qui puniunt, et qui relegant, absolventibus primum, mox inter se comparari?* Erwogen wird, zunächst die Mehrheit zu ermitteln im Hinblick über eine Bestrafung (im Gegensatz zum Freispruch), danach über die Todesstrafe im Gegensatz zur Verbannung. Dies ist nicht das Wunschverfahren des Plinius, sondern eine Verfahrensgestaltung, die sich als eine legitime Vereinigung der Verbannungs- und der Todesstrafenanhänger darstellen könnte. Worum handelt es sich bei der *prima sententia*, über die bindend – durch Beschlussfeststellung – entschieden werden soll? Man darf sich dies nicht so vorstellen, dass zunächst „Bestrafung überhaupt" zum Aufruf kommt und dann, bei mehrheitlicher Unterstützung, eine Konkretisierung der Strafart durch Wahl zwischen Verbannung und Todesstrafe nachfolgt. Eine solche Verfahrensvariante haben weder Plinius noch seine Gegner befürwortet. Es ist auch ein Urteil in Form eines Senatsbeschlusses kaum denkbar, dass eine Bestrafung abstrakt, ohne Bestimmung der Strafart, ausspricht. Vielmehr muss man sich das Verfahren so denken, dass zunächst die Verbannungsstrafe zur *discessio* aufgerufen und dabei von den Anhängern der Todesstrafe unterstützt wird; die Verbannungsstrafe wird dann als siegreich sogleich zum Inhalt eines *senatus consultum* erklärt. Nun müsste die Verhandlung um die Todesstrafe beginnen. So kann nach Plinius indes nicht verfahren werden, weil bei Erhebung der mehrheitlich unterstützten *prima sententia* – es handelt sich um die auf die Verbannung gerichtete *sententia* – zum Senatsbeschluss die übrigen *sententiae* aufgehoben würden (8,14,22).

Plinius vertieft die Begründung, warum er diese Verfahrensvariante – förmlicher Senatsbeschluss „Verbannung" sogleich im Anschluss an die mehrheitliche Unterstützung der Verbannungsstrafe, dann Neubeginn wegen der Todesstrafe – nicht zulassen will. Einfacher als im schwierigen Schlusssatz von 8,14,22 erklärt sich Plinius in 8,14,23: Die Anhänger der Todesstrafe, die – aus taktischen Gründen – der Verurteilung auf Verbannung zu einer Mehrheit (und einem entsprechenden Senatsbeschluss) verholfen haben, können ihre abweichende Meinung – es sei hinzurichten – gar nicht mehr zur Geltung bringen. Offenbar soll dieser Gedanke im Wesentlichen auch in dem Satz stecken *qua ergo ratione potest esse non unus atque idem locus sententiarum, quarum*

55 Oben 3.

56 Zur Beschlussfeststellung im Senat s. Mommsen „*Staatsrecht* III/2" (o. Fn. 33) 994.

nullus est postea. Die *sententia*, die später, also nach Beschlussfassung, keinen Platz hat, ist ausweislich von 8,14,23 die auf die Hinrichtung gerichtete. Man kann dies so verstehen, dass Plinius sich daran stört, dass *sententiae*, die beim Eintritt in das Verfahren auf gleicher Stufe standen, ungleich behandelt werden, indem bei Annahme der Verbannung gar keine Abstimmungsmöglichkeit hinsichtlich der Todesstrafe mehr besteht. Es bestünde also, in unserer Redeweise paraphrasiert, keine Chancengleichheit für in formeller Hinsicht gleichwertige *sententiae*.

5. Zur Bewertung der Position des Plinius

5.1 Plinius' Brief im Urteil unserer Zeit

Die moderne Literatur hat an der Argumentation des Plinius kein gutes Haar gelassen. Schon Mommsen sprach von „wenig geschäftsmässigen Zweifeln, wie sie Plinius … einem Juristen vorzutragen sich nicht scheut".[57] Ähnlich abschätzig klingen weitere Stimmen. Bardt: „Unkenntnis von parlamentarischen Formen … Das Bemühen, einen falschen Gedanken durch weitere Ausführungen zu stützen, lässt dann die Argumentation immer verworrener werden".[58] Talbert: „a rambling, wordy letter".[59] Sherwin-White: „Plinius wants to alter the rules ... sophistical arguments … display of forensic rhetoric that might be little to the taste of an austere jurist ... badness of his case".[60] Nach Helmut Kasten zeichnet sich die „ganze Darlegung des Falles … nicht gerade durch Klarheit aus….".[61] Flaig hat von einem „Manöver" des Plinius gesprochen und den Erfolg dieses Manövers als Ausdruck mangelnden Rechtsbewusstseins der kaiserzeitlichen Senatoren gedeutet.[62] William H. Riker sah im Vorgehen des Plinius einen „attempt at controlling the agenda … foiled by the strategic voting of an opponent".[63] Harries fand „a series of agitated rhetorical questions".[64]

Wenig überzeugend ist zunächst die Vorstellung, Plinius habe die Angelegenheit im Senat bewusst verwirrt (Sherwin-White: „fog of words", „cloud of confusion"[65]). Selbst wenn Plinius in der Senatssitzung Verwirrung hätte stiften wollen – dazu können wir nichts sagen –, müsste doch ein auf seinen literarischen Ruf bedachter Autor bei einer für die Öffentlichkeit bestimmten Niederschrift um eine möglichst klare Exposition seiner Argumente bemüht sein. Dass Plinius in einem zur Veröffentlichung bestimmten Text, als dessen Adressat ein herausragender Jurist genannt ist, bewusst eine Verwirrungstaktik

57 Mommsen „*Staatsrecht* III/2" (o. Fn. 33) 991 Anm. 5 a.E.

58 C. Bardt *Römische Charakterköpfe in Briefen vornehmlich aus caesarischer und traianischer Zeit* (Leipzig/Berlin, 1913) 347.

59 Talbert (o. Fn. 18) 282.

60 Sherwin-White (o. Fn. 7) 461.

61 Kasten (o. Fn. 54) 686.

62 Flaig (o. Fn. 21) 382f.

63 Riker (o. Fn. 3) 175.

64 Harries (o. Fn. 1) 63.

65 Sherwin-White (o. Fn. 7) 465; ähnl. Flaig (o. Fn. 21) 383, demzufolge Plinius „Trennlinien verwischte" und „damit durchkam".

gebraucht haben sollte, ist eine absurde Vorstellung. Whitton hat gezeigt, wie sorgfältig der Brief komponiert ist.[66] Dies deckt sich mit dem hier erhobenen Befund: Plinius entfaltet eine kunstvolle Argumentation. Unklar ist dabei in Wirklichkeit kein einziger Abschnitt, auch wenn manche Argumente gesucht erscheinen.

5.2 Vergleich mit Quint. *Declamationes minores,* 365

Die Problematik inhaltsdivergenter Urteile war der römischen Rechtskultur nicht unbekannt.[67] Wir betrachten hier nur eine Erörterung in den Quintilian zugeschriebenen *declamationes minores,*[68] die zur Zeit des Plinius bekannt gewesen sein dürfte. Spätere Behandlungen durch Gellius[69] und durch Juristen ab der hochklassischen Zeit[70] bleiben an dieser Stelle ausser Betracht; sie spiegeln nicht die geistige Umwelt des Plinius.

Es liegt sehr nahe, ist aber wegen der ungesicherten Autorschaft der *declamationes minores* nicht mit Sicherheit zu behaupten, dass Plinius mit der *declamatio* 365 vertraut war; Quintilian war sein Lehrer.[71] Das Thema der *declamatio*: Sieben Richter entscheiden über die Strafart; drei befürworten die Todesstrafe, zwei die Exilierung und die beiden übrigen *ignominia*. Es ist nicht anzunehmen, dass es sich um ein reales Vorkommnis eines römischen Strafverfahrens handelt; am ehesten wird man aber Ähnlichkeiten zu einem Repetundenprozess erkennen.[72] Quintilian (resp. der Autor) geht aus von der Massgeblichkeit der *maior pars*; dies würde zu einer Bestimmung der *lex Iulia repetundarum* passen, wonach *quod eorum iudicum maior pars iudicarit, id ius ratum esto*.[73] Die Entscheidung wird durch eine Explikation des Begriffs *maior pars* gesucht: Die *maior pars* sei das, worauf die meisten übereinstimmend erkennen bzw. die Strafe, die die meisten übereinstimmend aussprechen, das, worauf die meisten übereinstimmend schwören. Dem Gegenargument für den Angeklagten, dass vier Richter seine Hinrichtung nicht wollen, wird entgegnet, man dürfe die jeweils zwei Äusserungen, die auf *ignomia* und *exilium,* nicht verbinden, *quae se ipsae dividunt*. *ergo non idem sententies non potest jungere: idem sentientes compara*.

Auch wenn Plinius sich nicht auf Quintilian bezieht, klingen die von diesem benutzten Topoi doch auch bei Plinius an: Insbesondere ist auch für Plinius die Unzulässigkeit einer Verbindung inhaltsverschiedener *sententiae* zu einer Mehrheit zentral (8,14,17-19). Freilich geht es den Gegnern des Plinius gar nicht um eine solche unstatthafte

66 Whitton (o. Fn. 1).

67 Einzelheiten wird eine Untersuchung zu „*maior pars*“ bringen, die 2015 erscheinen soll.

68 Declamationes (minores) 365; dazu J. Dingel *Scholastica Materia – Untersuchungen zu den Declamationes minores und der Institutio Oratoria Quintilians* (Berlin/New York, 1988) 97; T. Wycisk *Quidquid in foro fieri potest – Studien zum römischen Recht bei Quintilian* (Berlin, 2008) 348f.; zur *Institutio oratoria* in ihrem Verhältnis zu Rechtsfragen s. die Beiträge in O. Tellegen-Couperus (Hrsg.) *Quintilian and the Law. The Art of Persuasion in Law and Politics* (Leuven, 2003).

69 Noctes Atticae 9,15.

70 D 4,8,27,3 i.f. Ulp 13 ad ed; D 42,1,38,1 Paul 17 ad ed.

71 Zum Verhältnis Plinius‘ zu Quintilian s. P. Vincenzo Cova „Plinio el Giovane contro Quintiliano“ in: Castagna/Lefèvre (o. Fn. 5) 83ff.

72 Wycisk (o. Fn. 68) 348.

73 Mommsen „*Strafrecht*“ (o. Fn. 13) 127, aufgrund von Cael., Epist ad fam 84 (VIII 8) 3.

coniunctio, bei der inhaltsverschiedene *sententiae* ja erst im Anschluss an die Ermittlung der jeweiligen Anhängerschaft – nachträglich also – zu einer Mehrheit zusammengefasst werden. In der Senatssitzung ging es allenfalls um eine versteckte *coniunctio*, indem die Anhänger der Todesstrafe ja tatsächlich zunächst einmal für die Verbannung sich erklären. Wenn sich dabei eine *maior pars* für die Verbannung ausspricht, geschieht dies, weil sich tatsächlich eine Senatorenmehrheit so erklärt hat, nicht aufgrund einer nachträglichen *coniunctio* inhaltsverschiedener *sententiae*, die je für sich keine Mehrheit gehabt haben. Die Problematik, die Plinius behandelt, ist also von derjenigen, die bei Quintilian erörtert wird, verschieden; Plinius entfaltet aber auch eine Argumentation, die gegenüber der Problemstellung bei Quintilian durchaus selbständig ist. Insbesondere ist nicht anzunehmen, dass Plinius die relative Mehrheit genügen lassen wollte, die Quintilian zu diskutieren auffordert.

5.3 Plinius' Anliegen im Kontext des Senatsverfahrens

Viele der Kritiker des Briefes lassen die historische Distanz vermissen.[74] Das Petitum des Plinius muss vor dem Hintergrund des Senatsverfahrens gesehen werden. Das Unverständnis, mit dem man den Ausführungen des Plinius begegnet ist, gründet sich vor allem in einer Fehlvorstellung von der Rechtswirkung einer Mehrheitsfeststellung, wie sie durch *discessio*, allenfalls auch durch mündliche Kundgabe in Form einer Umfrage (*verbo adsentiri*) erfolgte. Der römische Senat war ursprünglich kein „Abstimmungskörper", sondern ein beratendes Gremium. Anders als der Bürger in der Volksversammlung legt der Senator (mit *ius sententiae dicendae*) nicht eigentlich eine JA- oder NEIN-Stimme zu einem „Beschlussantrag" ein, vielmehr gibt er mit der Äusserung seiner *sententia* der eigenen, nicht stereotyp auf JA oder NEIN festgelegten Meinung Ausdruck (daher: *sententiam dicere*). Mittels *discessio* wird festgestellt, ob eine vorgetragene *sententia* eine Anhängerschaft findet, die eine *maior pars* der anwesenden Senatoren darstellt. Die einzelne *discessio* bildet jedoch nicht einen in sich abgeschlossenen Akt der Beschlussfassung, wie etwa über ein „amendment" schon einmal bindend abgestimmt wird, bevor der Hauptantrag zur Abstimmung kommt. Die durch Bewegung zum *auctor* erfolgende Kundgabe des einzelnen Senators, dass er mit dieser *sententia* übereinstimmt, ist nicht eine „Wirkerklärung", von der nur eine genügende Anzahl zusammenkommen müsste, damit *ipso iure* ein *senatus consultum* (oder *decretum*) zustande kommen würde. Vielmehr bedarf es eines Tätigwerdens der leitenden Konsuln, das von Tac. Ann. 14,49 als *perficere decretum senatus* bezeichnet wird; die Darstellung bei Tacitus zeigt auch, wie frei die Konsuln hierbei vorgehen konnten. Eine Senatorenmehrheit ist überhaupt nicht denkbarer *auctor* eines *senatus consultum*, sondern es ist der verfahrensleitende Magistrat, der festhält, was der Senat (mehrheitlich) befunden oder gebilligt hat.

Dem Umstand, dass der Eindruck einer mehrheitlichen Unterstützung noch keinen Beschluss darstellt, entspricht es, dass weitere *sententiae* geäussert und zur *discessio* aufgerufen werden konnten, auch nachdem sich bereits eine *maior pars* für eine *sententia* erklärt hatte, die mit der später aufgerufenen inhaltlich unvereinbar war. Wir kennen durchaus Fälle, in denen im Senat trotz schon erzielter Mehrheitszustimmung

74 Völlig missverstanden ist der historische Vorgang bei Kern/Nida-Rümelin (o. Fn. 3) 69ff.

zu einer *sententia* nochmals das Wort ergriffen wurde und es gelang, unter Abzug von Anhängerschaft der bereits gebilligten *sententia* der später vorgetragenen Ansicht zur Mehrheit zu verhelfen.[75] In diesen Fällen wird keineswegs ein schon gefasster Beschluss umgestossen; vielmehr wird der Konsul diejenige Meinung zur Senatsmeinung erklären, für die sich am Ende die Mehrheit ausgesprochen hat. Schon Mommsen hat angenommen, dass bei der Feststellung des Gesamtbeschlusses gegebenenfalls erreichte Mehrheiten wegen Unvereinbarkeit mit später gebildeten Mehrheiten in Wegfall kommen;[76] dies setzt voraus, dass die frühzeitig ermittelten Mehrheiten noch nicht „in Stein gemeisselt" sind. Wenn im vorliegenden Fall nach einer mehrheitlichen Zustimmung für die Verbannung auch die Todesstrafe von einer Mehrheit unterstützt worden wäre, hätte es keiner „Aufhebung" der Mehrheitsfindung für die Verbannung bedurft, denn alle Mehrheitsermittlungen sind als solche nur die Vorbereitung zur förmlichen Feststellung des Senatsbeschlusses, die allein durch den leitenden Magistrat erfolgen kann.[77] Bei Mehrheitsfeststellungen sowohl für die Verbannung als auch für die Todesstrafe wäre Letztere – das befürchtete Plinius ja – zum Senatsbeschluss erklärt worden, nicht, weil sie „weitergehend" gewesen wäre, sondern weil sich in der diesbezüglichen *discessio* die letzte massgebliche Meinungslage des Senats gespiegelt hätte.

Besonders der Vergleichsfall der drei Richter (8,14,17-19) macht deutlich, dass Plinius alle *discessiones* als Teil einer von ihm als Einheit verstandenen Meinungsaufnahme sieht: Das von Plinius gebildete „hypothetical" besteht hier nicht darin, dass die Richter zuerst über die Todesstrafe abstimmen und im Anschluss über die Verbannung; vielmehr würde es nach Plinius dem Vorgehen seiner Gegner entsprechen, wenn man zugleich – in ein und demselben Vorgang der Meinungserfassung – für Verbannung wie für Todesstrafe stimmen könnte. Sieht man die *discessiones* als Teile einer gesamthaften Ermittlung des Meinungsbildes im Senat, auf deren Grundlage dann der leitende Konsul zur „Gesamtbeschlussfeststellung" schreitet, dann liegt es durchaus nicht fern, wenn Plinius verlangt, dass der einzelne Senator sich nur für eine der *sententiae* aussprechen kann.

Grundlegend anders würde es sich verhalten haben, wenn schon nach der ersten *discessio* eine der Ausscheidung bei den *spectacula* entsprechende Siegerfeststellung erfolgen würde, wenn m.a.W. schon nach der ersten *discessio* der Senatsbeschluss entsprechend der dabei ermittelten Mehrheitsansicht fixiert worden wäre. Mit dieser Verfahrensvariante setzt sich Plinius 8,14,21ff. auseinander. Hier ist bezeichnenderweise nicht mehr die *coniunctio* verschiedener *sententiae* das von Plinius bemühte Argument; Plinius meint, diese Verfahrensvariante aus anderen Gründen zurückweisen zu können.[78]

75 Ausser Tac. Ann. 14,49 s. z.B. Plin. Epist. 5,13,4-8.

76 Mommsen „*Staatsrecht* III/2" (o. Fn. 33) 994; Bonnefond-Condry (o. Fn. 23) 553.

77 Schon insofern sind die Entscheidungsbäume („Pfade"), die seitens der *public choice*-Forschung für diesen Fall aufgestellt wurden (z.B. Farquharson (o. Fn. 3) 10ff.), historisch unzutreffend, weil die Feststellung der Anhängerschaft für eine bestimmte *sententia* noch gar keine Entscheidung des Senats ist.

78 Oben 4.2.6.

6. Schluss

Es ist nicht Sache einer historischen Betrachtung, über das „richtig“ oder „falsch“ der von Plinius bzw. seinen Gegnern eingenommenen Positionen zu urteilen. Immerhin kann man fragen, ob die damaligen Standpunkte, gemessen am Stand der Zeit, „vertretbar“ waren oder nicht. Wenn man annimmt, dass die Feststellung der jeweiligen Anhängerschaft für alle kundgegebenen *sententiae* in einer Abfolge von *discessiones* erfolgt, die zusammen die gesamthafte Grundlage einer schlussendlichen, integralen „Beschlussfeststellung“ bilden, ist die Argumentation des Plinius gar nicht unplausibel. Aus der Senatspraxis kennen wir indes sehr wohl Fälle, in denen Senatoren sich nach einander für sich inhaltlich ausschliessende *sententiae* bekennen.[79] In diesen Fällen lag es aber so, dass es in einer kontroversen Auseinandersetzung gelang, Anhänger der einen Meinung zu einer anderen Meinung herüberzuziehen. Das Stimmverhalten, das Plinius bekämpft, unterscheidet sich von solchen Vorgängen, indem bei denjenigen, die zuerst für Verbannung, dann für die Todesstrafe stimmen wollen, kein Meinungsumschwung vorliegen wird. Mit einer heutigen juristischen Begrifflichkeit würde man fragen müssen, ob es sich deshalb beim Stimmverhalten der Gegner um „Scheinerklärungen“ handelt.[80] Dies würden wir wohl verneinen, weil die Anhänger der Todesstrafe die von ihnen zunächst befürwortete Verbannung tatsächlich wollen, nur wollen sie sich eben die Chance offenhalten, danach noch eine schärfere Bestrafung durchzusetzen. Es ist indes gerade die Frage, ob das Senatsverfahrensrecht eine solche „Reservemeinung“ gelten lässt, was von Plinius in seiner – vielleicht gewundenen – Argumentation verneint wird. Ganz sicher kann man das Verlangen des Plinius nicht als manipulativ verurteilen. Wenn man sich freilich den Abstimmungsvorgang unhistorisch nach modernen Vorbildern so denkt, dass mit den *discessiones* in sich abgeschlossene, zu einer Art Zwischenbeschluss erhobene „Stimmgänge“ aufeinanderfolgen, sodass eine Senatorenmehrheit sogleich den Rechtsakt *senatus consultum* erzeugt, wird die Argumentation des Plinius unverständlich. Dann müssten die Senatoren ja jeweils neu abstimmen können und es wäre gar nicht einzusehen, warum sich nach Zustimmung zur Verbannung nicht auch noch eine Mehrheit für die weitergehende Todesstrafe sollte bilden können oder warum diejenigen, die später für die Todesstrafe stimmen werden, beim Aufruf der Verbannungsstrafe gehindert sein sollten, zunächst einmal für diese zu stimmen.

Schliesslich sollte man bedenken, dass das Problem kollektiver Entscheidungsfindung zur Zeit des Plinius analytisch noch gar nicht durchdrungen worden war; dies ist überhaupt erst im 18. Jahrhundert geschehen – als massgeblicher Name ist Condorcet zu nennen[81] – und erst im 20. Jahrhundert ist der Beweis geführt worden, dass – bei

79 O. Fn. 75.

80 Man denkt an eine *fraus legis*, doch fällt dieses Stichwort im Brief nicht.

81 Zu Condorcet s. (Auswahl): A. Kölz „Fortschritt, unideologisch: Von der Aktualität Condorcets (1743-1794)“ in: ders. (Hrsg.) *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat – 1789, 1798, 1848, 1998 Historische Abhandlungen* (Chur/Zürich, 1998) 161ff.; D. Williams *Condorcet and Modernity* (Cambridge, 2004).

bestimmten gesetzten Anforderungen – die Transposition einer Mehrzahl individueller Präferenzen in eine Kollektiventscheidung der Quadratur des Kreises gleichkommt.[82]

Am ehesten berechtigt scheint eine Kritik an Plinius' Erörterung, wenn man ansetzt bei dem Missverhältnis zwischen dem eher geringen Einfluss, den Plinius' Intervention gehabt hat,[83] und seiner kunstvoll aufgebauten, in alle denkbaren Richtungen verzweigten Argumentation. Mit der Charakterisierung als Ästhetizismus (Lefèvre) ist die Sache nicht schlecht getroffen.[84] Das Traditionsbewusstsein, das Plinius bei alldem erkennen lässt, ist wohl nicht bloss Ideologie. Der Brief legt meines Erachtens Zeugnis ab von einem echten Bemühen, das Entscheidungsproblem mit dem überkommenen Abstimmungsverfahren des Senats in Einklang zu bringen. Eine grundstürzende Reform dieses Verfahrens lag Plinius ebenso fern wie eine manipulative Verdrehung bestehenden Verfahrensrechts.

Abstract

Classicists, historians and public choice-theorists have all found Plin. Epist. 8,14 unsatisfactory. This paper looks into the psephological question, Pliny's core topic, from a legal perspective. In the case of Afranius Dexter's freedman, Pliny wished to let each senator declare himself just once, for the death penalty, relegation or acquittal. Whether this was a reasonable demand or the epitome of „the art of political manipulation" (Riker), depends on the *ius senatorium* of the time. Senators voiced their adherence to a specific *sententia* by way of *discessio*. Assembling a *maior pars* of the senators „present and voting" around the *auctor* of a specific *sententia* did not in itself constitute the *consultum* or *decretum senatus*, the passing of a resolution. It required a *perfectio decreti senatus* by the presiding magistrate. All *discessiones* were part of one and the same preliminary process establishing support for conflicting opinions. It was therefore permissible to try to establish support for different, even contradictory *sententiae*, before the consul formulated the *sententia senatus* (arg. 8,14,13/14). Seen in the light of the *ius senatorium* of his time, Pliny's position was far from manipulative. All his arguments, while sometimes far-fetched and not as pertinent as those of Roman lawyers, are comprehensible. Pliny also looks into an alternative procedure, namely formally declaring a winner after the first *discessio* (on relegation), with an immediate fixing of a corresponding *senatus consultum* (8,14,21); this, however, would extinguish all rivalling proposals (8,14,22). The senate did not subscribe to Pliny's point of view, neither in the case of Afranius Dexter's *liberti* nor, for all we know, subsequently.

82 Zu dem sog. Arrow-Theorem aus juristischer Sicht s. M. Auer „Willkür rechtlicher Entscheidungsverfahren? Die Auswirkungen von Arrows „General Possibility Theorem" auf Wahl- und Abstimmungsverfahren des geltenden Rechts" *ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie)* 88 (2002) 1ff.

83 Oben 3.4.

84 Ähnl. Whitton (o. Fn. 1) 119 Fn. 3: „Rhetorical capital out of a disappointing outcome".

LA FORMULA "*UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE*" E LA NOZIONE DI "*VIR BONUS*"

Giuseppe Falcone*

1. In una recente ricerca ho avuto modo di accennare al fatto che la tipizzazione di un modello astratto di "(*viri*) *boni*" all'interno dello schema verbale "*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*" dell'*actio fiduciae*, la cui introduzione va collocata nel periodo compreso tra III e inizio del II secolo a.C.,[1] si pone in linea con il radicamento di una nozione di "*vir bonus*" imperniata sul possesso di *virtutes* e sull'adozione di comportamenti e di costumi di vita che delle *virtutes* stesse costituiscono manifestazioni concrete.[2] Siffatto significato etico-comportamentale della qualifica, testimoniato con grande dovizia dalla documentazione testuale disposta lungo il predetto arco cronologico

1 La creazione dell'*actio fiduciae* è collocata nel corso del III secolo da P. Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*. II. *Le garanzie reali*, Padova 1963, 66; tra la fine del III e gli inizi del II secolo da M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 553, seguito da R. Fercia, "*Fiduciam contrahere*" *e* "*contractus fiduciae*". *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, 235; agli inizi del II secolo a.C. da N. Bellocci, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, 41 ss.; B. Noordraven, *Die Fiduzia im römischen Recht*, Amsterdam 1999, 8; J.-Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire*: "*donner pour reprendre*". *Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bale-Genève-Munich 2000, 158.

2 G. Falcone, *L'attribuzione della qualifica "vir bonus" nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. frg. 186 Sblend. = 206 Malc.)*, in *AUPA* 54, 2010-2011, 55 ss. (d'ora in poi: *AUPA* 54). Questo contributo è ora apparso anche in A. Lovato (cur.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica* (Incontro di studio Trani, 28-29 ottobre 2011), Bari 2013, 39 ss. (d'ora in poi: *Vir bonus*), con l'aggiunta di un'*Appendice* (p. 83 ss.) ove si mostra come l'interpretazione che avevo proposta delle qualifiche "*bonus*" e "*vir bonus*" in chiave etico-comportamentale è rafforzata dalle risultanze relative agli impieghi, nello stesso arco temporale di III-II secolo, di "*optimus*", "*probus*" e "*fortis*". In particolare, il cenno alla prospettiva valoriale evocata nella *formula fiduciae*, che riprendo e approfondisco in queste pagine, si trova in *AUPA* 54, 84 s. (= *Vir bonus*, 71 s.).

* Professore ordinario di diritto romano nell'Università di Palermo.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 258-274

(dagli elogi degli Scipioni[3] alla produzione di Ennio, Catone, Plauto e Terenzio),[4] è sotteso, significativamente, ad un'altra *conceptio verborum* processuale ascrivibile al più tardi al III secolo e cioè la *sponsio* utilizzata per stabilire quale tra due contendenti sia "*melior*" rispetto all'altro e collegata ad una antica regola giudiziale che coinvolge la valutazione dei contendenti stessi come "*boni*" o "*mali*".[5]

Sembra opportuno compiere qualche ulteriore precisazione riguardo al coordinamento tra le parole "*ut inter bonos* etc." e la connotazione etica della qualifica "*vir bonus*", anche in ragione del fatto che in tempi recenti è stata asserita l'esistenza di un'evoluzione di significato di questi *verba* formulari proprio in connessione con un preteso mutamento di significato della nozione di "*vir bonus*".

2. Prima, però, di avviarci in questa direzione, è il caso di riprendere rapidamente, ma in modo specifico, lo stesso dato che costituisce il presupposto del predetto coordinamento concettuale, e cioè la portata etico-comportamentale della nozione di "(*vir*) *bonus*" nelle fonti di III-II secolo. Ciò in quanto proprio ultimamente è apparso un lavoro (che già nell'intitolazione chiama in causa la gerarchia quale chiave per intendere la contrapposizione tra "*boni*" e "*mali*" nella ricordata regola giudiziale)[6] nel quale viene individuata una connotazione esclusivamente di tipo gerarchico-sociale della qualifica "(*vir*) *bonus*" per l'età arcaica,[7] mentre per l'età mediorepubblicana è prospettata una coesistenza tra dimensione gerarchico-sociale e dimensione etica, quale sarebbe riconoscibile nelle fonti letterarie di III-II secolo: propriamente, vi si afferma che una parte dei testi di Plauto, Terenzio e Catone da me segnalati innegabilmente attestano un impiego in senso etico-comportamentale, ma che altri testi degli stessi autori conterrebbero, invece, chiare applicazioni di "*bonus*" e "*malus*" per indicare il rango sociale.[8]

3 Il più antico dei quali è da assegnare, a seconda delle interpretazioni, ad un anno compreso tra il 260 e il 230 a.C.: *status quaestionis* in G. Falcone, *AUPA* 54, 74 nt. 37 = *Vir bonus*, 60 nt. 37.

4 Cfr., in particolare, G. Falcone, *AUPA* 54, 66 ss. = *Vir bonus*, 50 ss.

5 Cato, or. frg. 186 Sblendorio = 206 Malcovati: "*Atque ego a maioribus memoria sic accepi si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, siue boni siue mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellius cum Turio, ni uir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur*". Sulla testimonianza di Catone, e sulla complessiva pagina di Aulo Gellio (N.A. 14.2.4-26) che l'ha trasmessa, cfr. *infra*, § 2 e, più ampiamente, già G. Falcone, *AUPA* 54, 57 ss. = *Vir bonus*, 39 ss.

6 R. Fiori, *La gerarchia come criterio di verità "boni" e "mali" nel processo romano arcaico*, in C. Cascione–C. Masi (cur.), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, 195 ss. (v.a., sinteticamente, *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*, in *Vir bonus* cit., 29 ss.) In precedenza, brevi cenni al III-II secolo nel saggio (apparso contemporaneamente al mio articolo) *Vir bonus. Politica diritto filosofia nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, *passim* e, per il III e II secolo, 108s.; 111; 344 s. (su cui cfr. G. Falcone, *Appendice* cit., 83 ss.).

7 R. Fiori, *La gerarchia* cit., 185 ss. (nonché *Il vir bonus* cit., 26 ss.), come già *Bonus vir* cit., 109 ss.

8 R. Fiori, *La gerarchia* cit., 209.

Non entro nel merito dell'articolato quadro complessivo che è proposto nel lavoro in questione con riferimento alle epoche più antiche.[9] Piuttosto, continuando a posare l'attenzione esclusivamente sul III-II secolo e sui riscontri testuali di cui disponiamo, mi limito a considerare le fonti che si trovano addotte in questo studio in contrapposizione alla mia lettura in chiave di rilevanza solo etico-comportamentale della qualifica "(*vir*) *bonus*";[10] e anticipo fin d'ora che, a mio avviso, mentre nessuna di queste fonti si presta ad infirmare il risultato cui sono pervenuto – e cioè che il materiale di III-II secolo restituisce esclusivamente un impiego della qualifica "*vir bonus*" e dell'aggettivo "*bonus*" riferito ad una persona come di per sé esprimenti una connotazione morale, svincolata dalla collocazione della persona nella gerarchia sociale[11] –, alcune di esse, addirittura, rinsaldano questa conclusione: ed è, appunto, specificamente per quest'ultima circostanza che mi pare opportuno premettere alle riflessioni sulla *formula fiduciae* i rilievi che seguono.

Prendendo in considerazione, dapprima, le fonti che avevo già segnalato e che vengono interpretate, diversamente, in chiave gerarchico-sociale, osservo, anzitutto, che non v'è ragione per cui, una volta accettata[12] la mia lettura in chiave etico-comportamentale in relazione all'uso ironico di "*vir bonus*" in Ter., *Andr*. 616 e 846, in Ter., *Eun*. 850 e

9 Ciò in quanto oggetto del mio interesse era, ed è tuttora, l'arco temporale di III-II secolo, e in quanto l'eventuale ravvisabilità di riscontri risalenti ad età arcaica e a rappresentazioni remote non è, comunque, utilizzabile per interpretare i dati più recenti (cfr. *Appendice* cit., nt. *). Nondimeno, preciso che con riferimento all'iscrizione del cd. vaso di *Duenos* di VII secolo ("*Duenos med feked en manom einom duenoi. Ne med malo(s) statod*") – alla quale avevo dedicato una annotazione *in margine*, per invitare a non trarre alcuna conclusione, specie poi per l'età mediorepubblicana, né in senso sociale (Colonna; Fiori) né in senso etico, da un testo la cui stessa esatta decifrazione è tuttora oggetto di discussioni tra gli specialisti (*AUPA* 54, 66 [= *Vir bonus*, 50] nt. 18) – Fiori mi rivolge un'obiezione che, in realtà, non ha ragion d'essere. Egli, infatti, osserva che "quand'anche si volesse interpretare l'iniziale '*dueons*' non in senso aggettivale, ma come il nome dell'artefice, si dovrebbe necessariamente intendere in senso aggettivale la successiva opposizione *duenos*/*malos*" (*La gerarchia* cit., 186 nt. 61). Sennonché, ero stato io stesso, in quella annotazione, a prospettare – al solo scopo, però, di confermare il predetto invito alla cautela attraverso la constatazione che più d'una interpretazione sarebbe proponibile – una possibilità di lettura dell'iscrizione proprio basata su un uso di *duenos"* in senso aggettivale, e orientata, però, in prospettiva etica (immaginando – pur sempre sulla base di argomenti specifici – che l'iscrizione potrebbe aver voluto "attestare che l'oggetto, destinato al culto, è stato realizzato da una persona devota e per una persona devota in funzione di una utilizzazione pia dello stesso, e volesse inibirne l'uso da parte di un *malus*=*impius*").

10 All'analisi delle fonti compiuta da Fiori ha contestualmente aderito, *per relationem*, R. Cardilli, "*Vir bonus" e "bona fides"*, in *Vir bonus* cit., 188 nt. 16 *in fine*.

11 Naturalmente, che in qualsiasi ambiente ed epoca la stessa entificazione di determinate virtù, sulle quali si misura il profilo morale di un individuo, sia collegata ad esigenze e valori del corpo sociale è un dato scontato (G. Falcone *AUPA* 54, 91 s. = *Vir bonus*, 81), e io stesso ho avanzato l'ipotesi che l'emersione di una consistente presenza del motivo del "*vir bonus*" nelle fonti di III-II secolo potrebbe collegarsi, sul piano socio-politico, alla formazione di una nuova *nobilitas* patrizio-plebea, e sul piano più propriamente socio-economico, allo sviluppo della *mercatura* e del connesso ideale del profitto, i quali si prestavano a sollecitare l'esigenza di tipizzazione di un comportamento ispirato a lealtà e correttezza (*AUPA* 54, 93 = *Vir bonus*, 82 s.); quel che, però, i dati delle fonti non consentono è riconoscere nella qualifica in sé "(*vir*) *bonus*" l'indicatore di un rango o *status* sociale.

12 R. Fiori, *La gerarchia* cit., 209 nt. 174 *in fine*.

all'uso serio in Ter., *Adelph*. 961,[13] si nutrano invece dubbi in relazione a Ter., *Adelph*. 556 (dove, pure, "*vir bonus*" è riferito, con analogo rovesciamento ironico, ad un soggetto subito prima qualificato come "*sceleratus*": v. 553), e, addirittura, venga assunto con decisione che l'ironia in Plaut., *Capt*. 954, *Curc*. 610, *Pers*. 788 e *Pseud*. 114 "si spiega solo in chiave sociale": in questi luoghi plautini, infatti, esattamente come accade nei predetti Ter., *Andr*. 616 e 846 ed *Eun*. 850, l'appellativo è ironicamente rivolto a soggetti che si sono macchiati di comportamenti riprovevoli (un servo che non ha mai detto la verità e che ha compiuto malefatte: *Capt*., 954 e 956; l'autore di una ribalderia, che perciò è qualificato poco oltre come "*scelus vir*": *Curc*. 610 e 613; un servo artefice della macchinazione che muove l'intera vicenda: *Persa* 788; il debitore che non paga e perciò è inseguito dai creditori: *Pseud*. 1144 s.).[14]

D'altra parte, in relazione alla qualifica "*virum optimus bonorum*" attribuita dal senato a Scipione Nasica nel 204 e già presente nell'elogio funebre di Lucio Cornelio Scipione, console nel 259 ("*... Honc oino ploirume cosentiont Romai duonoro optumo fuise viro ...*"),[15] devo ricordare che, prima di me, è stato Livio (29.14.9), che ho addotto come ulteriore riscontro testuale, ad assumere come "cosa scontata" che l'attribuzione dell'epiteto si fondava sulle *virtutes* dell'onorato:[16] quel che, infatti, lo storico patavino ha affermato non è, genericamente, di "non saper spiegare le motivazioni del senato",[17] bensì di non sapere "sulla base di quali virtù" i senatori abbiano assegnato la qualifica a Scipione Nasica (*id quibus virtutibus inducti ita iudicarint*), con ciò dando appunto per scontato che alla base del riconoscimento vi doveva essere, comunque, il possesso di *virtutes*; e ricordo altresí che questa rappresentazione da parte di Livio collima perfettamente con le notizie fornite al riguardo da Dione Cassio (17.61) e Diodoro Siculo (34.33), i quali (evidentemente, attingendo a diversa tradizione storiografica) espressamente collegano l'assegnazione della qualifica al possesso di specifiche *virtutes*, quali la devozione verso

13 Impieghi che ho segnalati, insieme con Ter., *Adelph*. 463, 476 e 556, *Andr*. 915, *Eun*. 660 e 918, *Phorm*. 638, in G. Falcone, *AUPA* 54, 78 = *Vir bonus*, 64 s.

14 Su questi riscontri cfr. G. Falcone, *AUPA* 54, 76 s. = *Vir bonus*, 62 ss. Tenendo conto anche degli altri impieghi, questa volta non ironici, di "*vir bonus*" in Plauto (*Curc*., 708: un soggetto è qualificato "*vir bonus*" per aver trattato "*bene et pudice*" una *virgo*; *Poen*. 1389: comportarsi da *boni* significa ascoltare chi supplica; *Pseud*. 1128: *boni viri = strenui*; *Pseud.* 1145: "*bonus vir*" è chi soccorre l'amico debitore in difficoltà, fornendogli il denaro), va ribadito, diversamente da come ha ritenuto Fiori (*La gerarchia* cit., 209 nt. 174), che il materiale plautino è univoco nell'esprimere una prospettiva etico-comportamentale della qualifica in esame; e proprio alla luce di questa univocità si conferma, dunque, la legittimità dell'interpretazione nella medesima prospettiva anche dell'ultimo impiego plautino, in *Cas*. 724 (eco ironica del motivo della καλοκἀγαθία), peraltro proposta con il conforto della corrispondenza tra elementi testuali interni alla stessa fonte e ulteriori luoghi del Sarsinate (*AUPA* 54, 77 s. = *Vir bonus*, 63 s.).

15 Su cui G. Falcone, *AUPA* 54, 72 s. = *Vir bonus*, 58 s.

16 Conclusione non condivisa da R. Fiori, *La gerachia* cit., 205.

17 Così R. Fiori, *La gerarchia* cit., 203.

gli dei e la giustizia.[18] Aggiungo peraltro che, come ulteriormente mostrato,[19] Plauto, nell'echeggiare chiaramente la qualifica in *Amph*. 676-8 ("*Amphitruo uxorem salutat ... suam, quam omnium Thebis vir unam esse optimam diiudicat*"), esplicitamente la collega al possesso di *virtutes* (cfr. i vv. 811 e 839-844); e che il predetto elogio funebre di Lucio Cornelio Scipione, pur se al suo interno non contiene apposite indicazioni, va, peró, confrontato con tutti gli altri elogi degli Scipioni pervenutici, i quali inducono a ritenere che un riferimento alle *virtutes* non poteva mancare.[20] Ribadita questa portata dell'epiteto dei due Scipioni, continua a sembrarmi necessario pensare che non sia possibile circoscriverla al solo elemento "*optimus*", immaginando una sfumatura di tipo sociale per "*bonus*", in quanto la correlazione tra il superlativo e l'aggettivo di grado positivo doveva aver senso pregnante solo in funzione di una unicità di prospettiva concettuale.[21]

E ancora, con riferimento al frammento di Catone,[22] le considerazioni che sono state svolte per ricondurre la regola giudiziale ivi attestata, che implicava la comparazione tra "*boni*" e "*mali*" e che fondava il ricorso alla *sponsio* "*ni vir melior esset ...*", ad una più ampia "percezione romana della giustizia e della verità" come "gerarchica",[23] non valgono a bilanciare una circostanza che avevo appositamente sottolineato,[24] desumendola dalla lettura della fonte gelliana che ci ha conservato codesto frammento, e che sembra essere rimasta inosservata.[25] La ripropongo brevemente. Il punto di partenza è costituito dal fatto che il testo di Catone ci è stato trasmesso da Aulo Gellio (*N.A*. 14.2.26), nel quadro del racconto di un'esperienza personale quale *iudex* in una causa privata: nel processo,

18 Non rileva la circostanza che le virtù riferite dalle fonti a Scipione Nasica sono "sempre virtù 'politiche' ("le stesse *pietas* e *sanctitas*, in una religione 'civile' come quella romana, sono virtù che non rilevano al livello della morale individuale, ma i cui effetti positivi si riverberano su tutto il gruppo": R. Fiori, *La gerarchia* cit., 203): rinvio in proposito, alle precisazioni che avevo già formulate in chiusura di indagine e specificamente alla considerazione (*AUPA* 54, 92 [= *Vir bonus*, 81] su nt. 93) che il fatto che alcune *virtutes* riferite nelle fonti al *vir bonus* consistono nell'impegnarsi per i consociati (mi riferivo, in particolare, alla *sapientia* e alla *strenuitas*) non significa che la qualifica in sé "*vir bonus*" non alluda, appunto, all'esercizio di *virtutes* e che essa abbia, invece, una intrinseca connotazione sociale.

19 In G. Falcone, *Appendice* cit., 89 s.

20 *AUPA* 54, 73 ss. = *Vir bonus*, 59 ss.

21 Né mi pare che il testo di Liv. 29.14.7 ("*veram certe victoriam eius rei sibi quisque mallet quam imperia honoresve suffragio seu patrum seu plebis delatos*"), sempre riguardante l'episodio di Scipione Nasica, dimostri "che la scelta dei senatori sia stata compiuta all'interno della classe dirigente" (R. Fiori, *La gerarchia* cit., p. 197), che, cioè, i "*boni*" fossero di per sé soggetti ben posizionati da un punto di vista politico-sociale: piuttosto, il testo sembra indicare, più semplicemente, che chiunque avrebbe preferito vincere in questa competizione più che ottenere *imperia* e *honores* politici (peraltro, la precisazione "*suffragio seu patrum seu plebis*" parrebbe mostrare, indirettamente, che la competizione era aperta anche agli appartenenti alla plebe: è per costoro che poteva essere rappresentato un potenziale interesse al conferimento di poteri e cariche da parte dell'assemblea plebea).

22 Il testo è trascritto *supra*, in nt. 5.

23 R. Fiori, *La gerarchia* cit., 243 ss. In particolare, questo studioso assume che la regola avrebbe riconosciuto maggiore o minore credito ai litiganti in dipendenza "dall'appartenere alla categoria sociale dei *boni* o *mali* e dall'essere, entro queste categorie, più o meno *boni* oppure più o meno *mali*" (p. 245).

24 Cfr. *AUPA* 54, 62 s. = *Vir bonus*, 46 s.

25 Anche da parte di R. Cardilli, "*Vir bonus*" *e* "*bona fides*" cit., 186 s.

avente per oggetto la pretesa della restituzione di una somma di denaro data in prestito, si fronteggiano, da un lato, un attore "*vir firme bonus*", di nota e sperimentata *fides*, dalla vita *inculpatissima* e la cui *probitas* e *sinceritas* erano testimoniate da numerosi *exempla*, dall'altro lato, un convenuto di "non buona" natura, dalla vita turpe e sordida, noto per le sue menzogne e pieno di *perfidiae* e *fraudes* (§§ 5-6); proprio in ragione del confronto tra i profili morali e i costumi di vita dei due litiganti, Gellio, nonostante la mancanza di idonei mezzi di prova dell'esistenza del debito, non riesce a risolversi per l'assoluzione del convenuto[26] e chiede consiglio al filosofo Favorino, il quale invita l'amico ad utilizzare il criterio riferito da Catone: in assenza di prove del debito, qualora i contendenti siano "*pares*", entrambi "*boni*" o entrambi "*mali*", occorre prestar fede al convenuto, ma nel caso in ispecie – osserva Favorino – non vi era parità, in quanto l'attore era *optimus* e il convenuto era *deterrimus*, quindi Gellio giudichi pure in favore dell'attore (§§ 22-23); sennonché Gellio, da un lato non ritenendo opportuno giudicare (e cioè, condannare il convenuto) *de moribus*, dall'altro lato non volendo assolvere un convenuto di tale risma, decide di *iurare* che la questione non gli è chiara, liberandosi del grave imbarazzo (§ 25). Ora, è un dato oggettivo che la contrapposizione rappresentata da Gellio (*N.A*. 14.2.5-6 e 10) attiene alle *virtutes*, ai comportamenti e alla condotta di vita dei due contendenti, senza alcuna allusione allo *status* sociale o a "nozioni di tipo sociale".[27] Ebbene, poiché sia Favorino che Gellio (il quale cita testualmente le parole di Catone alle quali alludeva il filosofo: § 26) avevano sott'occhio l'intero contesto dei *verba Catonis* – contesto nel quale non poteva certo mancare il compimento, da parte di Catone, di una contrapposta raffigurazione dei due litiganti, tale da legittimare la sua spavalda affermazione: "*nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium*" – è legittimo desumere che identica doveva essere la prospettiva del raffronto tra i contendenti nelle due vicende giudiziarie, che, cioè, anche la regola risalente ai *maiores*, invocata da Catone, chiamasse in causa una comparazione tra i profili morali dei due avversari: non è certo pensabile che Favorino invitasse Gellio a basarsi sull'antica regola, ove questa avesse riguardato profili di valutazione differenti rispetto a quelli che agitavano la coscienza di Gellio (si noti, peraltro, come lo stesso Favorino [§§ 22-23] applichi con naturalezza e in modo immediato il meccanismo richiamato nel brano di Catone alla fattispecie sottopostagli da Gellio, in considerazione delle contrapposte qualità interiori dei contendenti). D'altra parte – anche questo è opportuno ribadire[28] – il riconoscimento giudiziale della natura di *bonus* o di *melior vir* in base alle qualità morali del contendente sì come tradotte in comportamenti e condotte di vita, che divengono oggetto di valutazione (e comparazione) giudiziale grazie alle testimonianze

26 "*Sed enim ego homines cum considerabam, alterum fidei, alterum probri plenum spurcissimaeque vitae ac defamatissimae, nequaquam adduci potui ad absolvendum*" (§ 10).

27 Come invece affermato da C. Masi Doria, *Linee per una storia della veritas nell'esperienza giuridica romana. I. Dalle basi culturali al diritto classico*, in *Quid est veritas?* cit., 41 s. Il parallelismo addotto dall' autrice con D. 22.5.3pr.-3 rafforza, anziché infirmare, l'esclusiva dimensione etico-comportamentale delle indicazioni gelliane: nel brano di Callistrato, infatti, i riferimenti alle condotte di vita – espressi anche con le parole "*inculpata vita*", che coincidono con una delle espressioni usate da Gellio – sono ulteriori rispetto alle "qualificazioni sociali" (*decurio*/*plebeius*; *locuples*/*egens*) dei *testes*: "*... in persona eorum exploranda sunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeius sit et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis an locuples vel egens sit ...*" (cfr. anche § 1 "*qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint*").

28 Cfr., già, con fonti e bibl., *AUPA* 54, 91 = *Vir bonus*, 79 s.

e agli *exempla* addotti da *patroni*, *testes*, *amici*, *vicini* etc.,[29] è meccanismo che si iscrive perfettamente in un più ampio fenomeno culturale e sociale consistente nel rilievo della considerazione dei comportamenti del singolo da parte della comunità, fenomeno del quale sono manifestazioni, tra altre: gli *exempla virtutis*, modelli di comportamento da imitare; il motivo, rilevante anche sul terreno politico, della *fama*, che si fonda sull'osservazione dei comportamenti; le *laudationes* e le *laudes,* forme di trasmissione dei *facta* degli antenati e, rispettivamente, veicoli dell'approvazione della condotta virtuosa di un consociato; il rilievo del *pudor*, virtù consistente nella disposizione d'animo di chi avverte e tiene in considerazione, orientando il proprio comportamento, la valutazione dei consociati e che non a caso presiede all'osservanza degli *officia*, e cioè dei doveri sociali avvertiti, in forza del loro intrecciarsi in una trama di relazioni interpersonali, come tessuto connettivo fondamentale della comunità.

Infine, nel contributo in esame vengono autonomamente addotti due testi plautini quali presunti riscontri della connotazione gerarchico-sociale:[30] Plaut., *Aul*. 212-238 e Plaut., *Cist*. 705. Ma proprio questi testi incrementano, al contrario, la complessiva documentazione dell'impiego in senso etico-comportamentale.

29 Si tratta di un meccanismo che, se era corrente ancora nel II secolo d.C. (come si registra nel racconto di Gellio: §§ 5, 6 e 8), a maggior ragione doveva essere praticabile e funzionale alla verifica da parte del giudice in epoca mediorepubblicana, nell'ambito di comunità meno estese, nelle quali più diffusa era la conoscenza e l'attestabilità della *virtutes* e dei *facta* dei consociati. A questo riguardo, con riferimento all'età ciceroniana va ribadita, nonostante le riserve espresse da Fiori (*La gerarchia* cit., 212 nt. 183), la valenza probatoria di Cic., *pro Mur*. 11-14 e di *pro Rosc. com*. 17-21, che ho addotto quali esempi di siffatta attestazione processuale delle qualità morali e della *vita* dei contendenti proprio in quanto coinvolgenti la qualifica "*vir bonus*" (*AUPA* 54, 63 ss. = *Vir bonus*, 48 ss.). Invero, i §§ 11-14 della *pro Murena* costituiscono, come avevo precisato, una sezione dell'arringa specificamente concentrata a rintuzzare le accuse riguardanti i costumi e la condotta di vita di Murena (*reprehensio vitae*), mentre la *contentio* che coinvolge il lignaggio costituisce altro e, come del resto nota lo stesso Fiori, inizia solo nel § 15. Quanto allo squarcio della *pro Roscio comoedo*, il paragone tra le capacità di Roscio quale attore e le sue qualità di *vir* (§ 17: "*Roscius socium fraudavit! Potest hoc homini huic haerere peccatum? qui me dius fidius – audacter dico – plus fidei quam artis, plus veritatis quam disciplinae possidet in se, quem populus Romanus meliorem virum quam histrionem esse arbitratur, qui ita dignissimus est scaena propter artificium ut dignissimus sit curia propter abstinentiam*") non implica che il "termine di riferimento" del discorso ciceroniano "sia anche la *dignitas* sociale delle parti"; piuttosto, tutte le battute del raffronto attengono (conformemente ad un complessivo discorso volto a convincere che Roscio, con il proprio *habitus* interiore, non può esser stato autore di una frode ai danni del proprio socio) alle qualità personali dell'assistito: Roscio possiede più *fides* che *ars*, più *veritas* che formazione artistica, è dal *populus* considerato *melior* come uomo che come attore, e infine, come è degnissimo della scena (e cioè, dell'attività che effettivamente svolge) in ragione della propria abilità nell'arte teatrale, così sarebbe degnissimo della *curia* in ragione della sua *abstinentia*. E ancora, sulla medesima linea si pone il testo di Cic., *off*. 3.77, riguardante un episodio ascrivibile alla fine del II secolo e cioè il rifiuto del giudice Fimbria a decidere in merito ad una *sponsio* vertente sulla connotazione di un litigante, persona perbene, quale "*vir bonus*" ("*... dixisse Fimbriam se illam rem numquam iudicaturum, ne aut spoliaret fama probatum hominem, si contra iudicavisset, aut statuisse videretur virum bonum esse aliquem, cum ea res innumerabilibus officiis et laudibus contineretur*"): il testo conferma che il riconoscimento giudiziale di tale qualifica era collegato al profilo etico-comportamentale, fondandosi sull'avvenuta osservanza di *officia*, e che le condotte virtuose venivano normalmente attestate attraverso le *laudes* di patroni e testimoni (per i riscontri ciceroniani delle *laudes* come testimonianza delle *virtutes* e dei comportamenti da esse ispirati e per il significato di "*contineri* + ablativo" nel senso di "fondarsi su" cfr. le fonti citate in *AUPA* 54, 87 [= *Vir bonus*, 76] nt. 80; sul rifiuto di Fimbria come conseguenza di una nozione particolarmente esigente di "*vir bonus*" da questo coltivata, tale da richiedere l'avvenuto compimento di innumerevoli *officia* e, dunque, la presenza di innumerevoli *laudes*, cfr. p. 88 s. = 76 s.).

30 R. Fiori, *La gerarchia* cit., p. 209 nt. 174.

Invero, il primo dei due brani ("MEG. *Dic mihi, quali me arbitrare genere prognatum?* EUC. *Bono* / MEG. *Quid fide?* EUC. *Bona*. MEG. *Quid factis?* EUC. *Neque malis neque improbis*") non depone, in sé preso, per una prospettiva sociale della qualifica "(*vir*) *bonus*" (oltretutto, l'aggettivo "*bonus*" non vi compare in relazione ad una persona). Piuttosto, questi due versi appaiono rilevanti in quanto vi è rappresentato un accostamento tra il positivo profilo morale dell'individuo (la sua affidabilità e i suoi concreti comportamenti: *fides* e *facta*) e la reputazione positiva di cui gode il casato d'origine (*genus*). Ebbene, questo stesso accostamento, avente la funzione di accrescere la connotazione positiva del soggetto di cui si sta trattando, si trova espresso anche con la formuletta "*bonus, bono genere prognatus*", quale si trova, tra le fonti di questo periodo, in Cato, *In Q. Minucium Thermum De falsis pugnis* (*or. frg*. 42 Sblend. = 58 Malc.): dal che può confermarsi che il primo elemento di essa, l'epiteto "*bonus*", allude appunto alle qualità morali del soggetto e ai comportamenti che ne sono espressione.[31]

Quanto al secondo brano, che dovrebbe attestare un evidente uso di "*malus*" come espressivo del rango sociale, e cioè Plaut., *Cist*., 704-706 "PHA. *Mulier, mane: sunt qui volunt te conventam*./ HA. *Quis me revocat?* / LA. *Bona femina et malu' masculus*

31 È il caso di compiere qualche precisazione anche con riguardo alla qualificazione del *genus* come "*bonum*". Che nel citato brano di Catone (su cui *AUPA* 54, 81 ss. = *Vir bonus*, 69 ss., insieme con Cato, *agr*., *praef*. 1-4; *agr*. 4.1 e 14.3), il sintagma "*bono genere gnati*" coinvolga una prospettiva sociale mi pare indubbio, data la contrapposizione ai *servi*; ma l'indicazione socialmente connotata di cui ho parlato nel mio contributo (p. 83 = p. 71) è l'intero sintagma, in ragione del suo imperniarsi sul lignaggio (*genus*), non l'aggettivo in sé "*bonum*" (come riferisce, per una svista, R. Fiori, *La gerarchia* cit., 209 nt. 174): questo aggettivo, per la sua valenza eulogica neutra e indefinita (cfr. *infra*, nt. 52), può riguardare qualsiasi termine e a seconda del termine cui è associato si presta ad esprimere questo o quello specifico profilo di positività e apprezzamento. Oltretutto, a ben vedere, non potrebbe escludersi che nello stesso impiego catoniano del sintagma la dimensione sociale di contrapposizione ai *servi* alludesse, più che ad una posizione altolocata, alla semplice condizione di *liberi* (cfr., nella prima parte del testo, la rappresentazione della *verberatio* come manifestazione di *imperium* e, per le vittime, di *servitus*). E ancora, va precisato che, a prescindere da questo specifico riscontro catoniano nel quale appare determinante il contrappunto rispetto alla condizione servile, in una sequenza del tipo "*bonus, bono genere gnatus*" lo stesso apprezzamento del *genus* potrebbe avere un significato diverso a seconda dei casi, potendo ad esempio collegarsi, anziché ad una elevata collocazione nella gerarchia economico-sociale, alla riconoscibilità di *exempla virtutis* degli antenati: basti pensare al collegamento tra individuo e *genus* in funzione della riferibilità all'uno e agli altro di *virtutes* e di *facta* gloriosi espresso nell'elogio di *Cornelius Scipio Hispanus*, pretore nel 139 (*ILLRP* 316 = *ILS* 6: "*Virtutes generis meis moribus accumulavi, progeniem genui, facta patris petiei. Maiorum optenui laudem ut sibei me esse creatum laetentur; stirpem nobilitavit honor*", su cui *AUPA* 54, 73 [= *Vir bonus*, 59] nt. 34 e 76 [= *Vir bonus*, 62] nt. 40). E proprio questo potrebbe essere il senso dell'accostamento fanciulla-progenitori in Ter., *Phorm*. 114 s., in cui Fanio è presentata come "*civem Atticam, bonam, bonis prognatam*": premesso che il testo è da utilizzare con estrema cautela, data la stretta aderenza terminologico-concettuale che esso doveva presentare rispetto all'originale greco, perduto, di Apollodoro di Caristo (come prova l'uso dell'aggettivo "*Attica*", ateniese, per una fanciulla originaria di Lemno, dominio di Atene ai tempi di Apollodoro e fino al 283, ma non più al tempo di Terenzio), se proprio ci si volesse sbilanciare con riferimento alla questione in esame, potrebbe rilevare il fatto – unico spunto testuale specifico – che le tre predette qualificazioni trovano corrispondenza, nei vv. 168 s., nelle indicazioni "*ingenua*" (che ben si presta a riprendere, in relazione al diritto attico, il precedente riferimento alla condizione di *civis*) e "*liberalis*" e "*uxor sine mala fama*", entrambe riguardanti il profilo interiore e la condotta (per "*liberalis*" in senso etico cfr., ad es., il v. 282; l'assenza di *mala fama* è in funzione della contrapposizione alla figura della meretrice: cfr. il cenno al lenone al v. 171), mentre non vi si trova alcunché che possa costituire recupero di un eventuale precedente cenno alla provenienza da un casato ben posizionato socialmente o economicamente.

volunt te", in realtà in esso l'aggettivo "*malus*" accostato a "*masculus*", anziché indicare il servo *tout-court* attraverso un cenno all'infimo livello sociale (in contrapposizione al livello di una matrona, che perciò sarebbe indicata come *bona femina*), è funzionale ad un'autopresentazione da parte del servo *Lampadio* quale "malandrino", in diretto collegamento con la compiaciuta descrizione del proprio operato scaltro e ingannatore che egli aveva in precedenza formulata (vv. 539-541: "*Quot illi blanditias, quid illi promisi boni,/ quot admoenivi fabricas, quot fallacias/ in quaestione! ...*"; cfr. anche v. 566: "*Iam perducebam illam ad me suadela mea*"). Questo secondo brano, dunque, si aggiunge, non solo ai numerosi riscontri di "*malus*" nelle fonti di III-II secolo che io stesso avevo già segnalati[32] e che mostrano un collegamento tra questa qualifica negativa e l'adozione di comportamenti riprovevoli (inganni, spergiuri, presentazioni di false pretese, condotte rapaci e avide, menzogne, infedeltà), ma anche a Plaut., *Aul*. 172, in cui un *homo*, pur di basse condizioni economiche, è considerato "*non malus*" in dipendenza del suo profilo interiore (cfr. v. 215 "*civem sine mala omni malitia*"), nonché a Plaut., *Mil*. 732-735 ("*mali*" = "*improbi et scelesti*", autori spudorati di *scelesta facta*) e Plaut., *Most*. 873-874 "*Nam ut servi volunt esse erum, ita solet:/ boni sunt <bonust>*; *improbi sunt, malus*" (in cui la connotazione alternativa del padrone come "*malus*" è in evidente simmetria rispetto alla connotazione alternativa dei servi come "*improbi"* in ragione del compimento di azioni riprovevoli);[33] e ancora, si aggiunge ai seguenti impieghi, indicati ultimamente da un altro studioso:[34] Plaut., *Men*. 602 e 641 (un marito è qualificato "*vir malus*" dalla moglie che lo considera autore di furti [vv. 560 e 601], di ribalderie [v. 605], di tradimento [vv. 561 e 601] e di menzogne [v. 642]); Plaut., *Pseud*. 613 (uno schiavo è riconosciuto come *malus* in relazione ad una risposta impertinente); Plaut., *Pseud*. 1293 (si tratta di uno "schiavo astuto e ingannatore", "spesso – come in questo caso – ubriaco ed eruttante");[35] Plaut., *Truc*. 131s. (una schiava è appellata "*mala femina*" in quanto accusata di mendacio).

3. Arricchita e rinsaldata ulteriormente, così, la già assai cospicua documentazione di III-II secolo circa il significato (solo) etico-comportamentale delle contrapposte qualifiche "*boni*"/"*mali*", può ora osservarsi che le parole "*ut inter bonos*" etc. della *formula fiduciae* vengono appositamente ricondotte ad una prospettiva valoriale negli stessi brani ciceroniani dai quali queste parole sono, parzialmente o integralmente, attestate.

Cicerone, infatti, cita questo schema verbale ora come esempio di strumento di repressione del dolo:

> *off*. 3.61. *Quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis,*

32 *AUPA* 54, 68 ss. = *Vir bonus*, 52 ss.

33 I due ultimi testi plautini segnalati sono stati indicati, ma in diversa prospettiva, dallo stesso Fiori (*La gerarchia* cit., 212 nt. 180).

34 C. Cascione, *Vir malus*, in *Vir bonus* cit., 91 ss. Stranamente, peraltro, questo studioso, pur avendo cura di segnalare appositamente i contesti nei quali questi impieghi di "(*vir*) *malus*" sono inseriti, si orienta poi anch'egli verso prospettive gerarchizzanti e sociali.

35 C. Cascione, *Vir malus* cit., 92 s.

circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur EX FIDE BONA. *Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae* MELIVS AEQVIVS, *in fiducia* VT INTER BONOS BENE AGIER. *Quid ergo? aut in eo,* QVOD MELIVS AEQVIVS, *potest ulla pars inesse fraudis? aut cum dicitur* INTER BONOS BENE AGIER, *quicquam agi dolose aut malitiose potest?*

top. 17.65. *... Privata … iudicia maximarum rerum in iurisconsultorum mihi videntur esse prudentia …* 66. *In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus* EX FIDE BONA *est additum, ubi vero etiam* UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET, *in primisque in arbitrio rei uxoriae, in quo est* QUOD EIUS AEQUIUS MELIUS, *parati eis esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset ei cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset, eumve cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid virum uxori, quid uxorem viro tradiderunt*;[36]

ora come esempio di istituto giuridico che mira a tutelare l'altrui affidamento:

off. 3.69 *Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! Feruntur enim ex optimis naturae et veritatis exemplis.* 70. *Nam quanti verba illa* VTI NE PROPTER TE FIDEMVE TVAM CAPTVS FRAVDATVSVE SIM! *Quam illa aurea* VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAVDATIONE. *Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur* EX FIDE BONA *fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret*;

ora come istituto che, più ampiamente, evoca un modello comportamentale incompatibile con l'agire nel proprio esclusivo interesse:

ad fam. VII.12.2 *... sed quodam modo ius civile defendes cum omnia tua causa facias, non civium? ubi porro illa erit formula fiduciae,*[37] *"*VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET*"? quis <bonus> enim est, qui facit nihil nisi sua causa?*

La rispondenza della rappresentazione ciceroniana alla prospettiva originaria, sì come pensata al momento della creazione dell'*actio fiduciae*, può ritenersi sicura con riguardo all'indicazione "*et sine fraudatione*" in sé presa. Che quest'ultima alludesse anche nel contesto originario all'assenza di una condotta di violazione dell'affidamento è reso incontestabile, infatti, prima che dalla tradizionale correlazione dicotomica che può

36 È di tutta evidenza che le tre indicazioni con tenute nell'affermazione "*illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum tradiderunt*" corrispondono, con diversa sequenza, ai tre schemi formulari subito prima citati e che, per esclusione, il riferimento al *dolus malus* va collegato allo schema appartenente all'*actio fiduciae*.

37 L'indicazione "*formula*" in relazione ad un mero segmento di una più ampia *conceptio verborum* si pone sullo stesso piano degli impieghi di "*actio*" in Cic., *de nat. deor*. 3.74 ("*inde illa actio* OPE CONSILIOVE TUO FURTUM AIO FACTUM ESSE") e in Cic., *pro Caec*. 54 (in relazione alle parole "*Quandoque te in iure conspicio*").

riconoscersi, in termini generali, tra *fraus* e *fides*,[38] dallo specifico riscontro offerto dal formulario – processuale o negoziale che fosse[39] – che Cicerone ha trascritto in stretta relazione al nostro in *off*. 3.70: "*uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*". E il riscontro tanto più è rilevante in quanto si tratta di un preciso schema tecnico-formulare.

Con riferimento, invece, alle parole "*inter bonos bene agier*" si pone, astrattamente, l'eventualità che il quadro offerto da Cicerone rifletta, anziché l'autentica e primigenia portata di esse, una personale lettura, magari funzionale all'esigenza di esprimere un più ampio messaggio in un'ottica non necessariamente tecnico-giuridica. Una sollecitazione in tal senso potrebbe provenire, in particolare, dal fatto che è in una presa di posizione antiepicurea che si inquadra la configurazione, nel trascritto brano di *ad fam*. VII.12.2, dei termini "*VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET*" come esprimenti l'opposto dell'*agere sua causa*[40] e cioè, volti in positivo, come esprimenti un operato solidale di collaborazione alla realizzazione dell'interesse del fiduciante.

Sennonché, in contrario si deve tener presente, intanto, che le commedie di Plauto e Terenzio attestano, in relazione a profili che variamente intersecano l'ambito della giuridicità, un impiego delle qualifiche "*bonus*" e "*vir bonus*" sia per esprimere incompatibilità rispetto all'ordire una macchinazione ad altrui danno[41] sia per indicare: colui che rispetta i beni altrui,[42] colui che dice la verità,[43] colui che onora prontamente un impegno,[44] colui che adempie i propri debiti.[45] Al *vir bonus*, dunque, vengono riferiti non soltanto atteggiamenti di astensione (dal dolo; dall'aggressione di beni altrui), ma

38 In questo senso J.-Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire* cit., 128.

39 Per la prima possibilità cfr. le prese di posizione richiamate da R. Cardilli, "*Bona fides*" *tra storia e sistema*, Torino 2004, 32 nt. 60, che si pone anch'egli su questa linea interpretativa; per la seconda, cfr. J.-Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire* cit., 126 ss., con precedente bibliografia.

40 L'*epistula* è, infatti, rivolta all'amico giurista Trebazio, che, secondo la voce giunta a Cicerone, si sarebbe avvicinato all'epicureismo. Cicerone richiama alcuni istituti giuridici in ordine ai quali Trebazio, se davvero aderisse alla dottrina epicurea, non potrebbe più svolgere la propria attività di *interpretatio* e di consulenza, o che il giurista stesso non potrebbe più utilizzare. Segnatamente, subito dopo il richiamo alla (inutilizzabilità della) *formula fiduciae*, l'autore così prosegue: "*quod ius statues COMMVNI DIVIDVNDO cum commune nihil possit esse apud eos qui omnia voluptate sua metiuntur? quo modo autem tibi placebit IOVEM LAPIDEM IVRARE cum scias Iovem iratum esse nemini posse*?" Per quanto riguarda il motivo dell'agire nel proprio esclusivo interesse, un'altra frecciata ciceroniana contro la visione epicurea si ha in *ad Att.* 7.2.4, particolarmente interessante in quanto, anche in questo caso, viene esplicitamente chiamata in causa la qualifica "*vir bonus*": "*Lucius noster et Patron, qui, cum omnia ad se referant nec quicquam alterius causa fieri putent* [...] *non intellegunt se de callido homine loqui, non de bono viro*". Su questo aspetto della polemica antiepicurea cfr., per tutti, V. Giuffrè, *L'agire "sua causa, non civium". Osservazioni sulla volgarizzazione dell'epicureismo a Roma*, in *Atti Accademia Pontaniana*, 21, 1973, 1 ss.

41 Plaut., *Persa* 788; Ter., *Andr*. 911-915 (ove, peraltro, è interessante l'espressione "*in fraudem inlicere*").

42 Plaut., *Trin.* 289-290.

43 Plaut., *Capt*. 954.

44 Ter., *Phorm*. 638.

45 Plaut., *Pseud*. 1144-1146 (ove, forse, può ulteriormente scorgersi un riferimento implicito anche a colui che soccorre il debitore in difficoltà). Sui passi di Plauto e Terenzio or ora richiamati cfr. G. Falcone, *AUPA* 54, 76 ss. (= *Vir bonus* 63 ss.).

anche comportamenti virtuosi attivi. La circostanza che in alcuni casi (nelle commedie plautine) questi riferimenti sono affidati ad un uso rovesciato dell'appellativo "*vir bonus*", attribuito ironicamente a chi ha tenuto un comportamento opposto ai predetti modelli virtuosi, rivela quanto la connessione tra la qualifica in esame e questi modelli fosse radicata nella percezione comune. Tale radicamento ben si prestava a costituire il presupposto e lo sfondo per l'adozione, nell'editto, di un'astratta figura di "*boni*" quali soggetti i cui comportamenti si conformano alle *virtutes*, massime alla *fides*.

Soprattutto, merita una particolare segnalazione un passaggio del *De agri cultura* di Catone, nel quale l'autore indica il compenso che il *dominus* dovrà versare per i lavori necessari "*si de caelo uilla tacta siet*", nel caso in cui, cioè, la fattoria sia stata colpita da un fulmine: "*huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat quae opus sunt et nummos fide bona soluat in tegulas singulas II*" (*agr*. 14.3). Questo testo è interessante per più d'una ragione. Anzitutto, in sé preso, esso costituisce un incisivo riscontro del valore della qualifica "*bonus*" in relazione ad un comportamento virtuoso,[46] che peraltro, per quel che qui maggiormente rileva, attiene (come nei testi plautini or ora richiamati) a prospettive di giuridicità: "*bona fide solvere*". In secondo luogo, più specificamente, il riferimento al "*dominus bonus* che metta a disposizione *bene* tutto il materiale che occorre e *nummos fide bona soluat*" si presta, nell'interna sequenza e nella terminologia, a richiamare la formuletta "*inter bonos bene agier ... et sine fraudatione*": da un lato, in ragione della compresenza della qualifica *bonus* e dell'avverbio *bene*, dall'altro lato, in ragione della menzione della *bona fides* che, certo, può essere vista come corrispondente alla mancanza di *fraudatio*. Ove si ammetta, con la dottrina dominante, una risalenza dell'*actio fiduciae* al più tardi agli inizi del II secolo, la sequenza catoniana potrebbe anzi aver ricalcato in modo apposito lo schema verbale in esame. E in quest'ottica, la sostituzione dei termini "*et sine fraudatione*" con "*bona fide*" preannunzierebbe (o già rifletterebbe?) quel fenomeno di accostamento e di equiparazione, sul piano dei valori coinvolti, tra l'*actio fiduciae* e gli *arbitria* nei quali sono inserite le parole "*ex fide bona*", che è attestato dalla presa di posizione di Quinto Mucio (conservata, come si è visto, in Cic., *off*. 3.70), secondo cui la nozione (*nomen*) di *bona fides* si ritrova anche nelle operazioni di *fiducia* (*idque versari in ... fiduciis*).[47]

Il testo di Catone, poi, potrebbe rilevare anche per un altro verso, e precisamente come spunto per riflettere sul significato dell'avverbio "*bene*" all'interno del nostro schema verbale. Questo elemento è generalmente trascurato, in quanto viene, per così dire, appiattito sulla precedente indicazione "*inter bonos*". Emblematica è, ad es., la posizione di A. Carcaterra, il quale ha considerato indice di antichità della formula la "insistenza di termini uguali ('*inter bonos bene*…')", in nome di un assunto che avrebbe gittata generale e cioè che "ogni formulazione ridondante" sarebbe manifestazione di vetustà.[48] Le cose non cambiano allorché, all'opposto, si è pensato ad un'inserzione più recente: è il caso di A. Burdese, il quale ha immaginato un'aggiunta successiva di un cenno al "dovere positivo di comportarsi da persona per bene (*bene agier oportet ut inter*

46 In quest'ottica ho richiamato il testo in G. Falcone, *AUPA* 54, 81 (= *Vir bonus*, 69).

47 Sulla testimonianza di Quinto Mucio rinvio all'apposito esame che ho svolto in *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic., off. 3.69-70,* in *AUPA* 56, 2013, 266 ss.

48 A. Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 6; 202 s.

bonos)" in una formula che conteneva un esclusivo riferimento al "dovere negativo di comportarsi senza frode (*agier oportet sine fraudatione*)".[49] Parimenti, M. Kaser ha posto l'accento sulla peculiarità di una formulazione che sarebbe pleonastica, in quanto esprime con tre termini ("*inter bonos*", "*bene*", "*et sine fraudatione*") la medesima idea di lealtà del fiduciario.[50] E la stessa apposita replica, compiuta da J.-Ph. Dunand, alla notazione di Kaser si risolve nell'individuazione di due indicazioni all'interno dello schema verbale: la prima consisterebbe nelle parole "*ut inter bonos bene agier*", che esprimerebbero unitariamente un "dovere oggettivo standard", la seconda, "*et sine fraudatione*", che alluderebbe ad un "dovere soggettivo" di non violare l'affidamento riposto da parte del fiduciante (dunque, ancora una volta, "*bene*" viene accorpato all'indicazione *inter bonos* e privato di una valenza concettuale autonoma).[51] Non solo. Ma da altro punto di vista – aggiungo per parte mia – potrebbe anche pensarsi che l'avverbio avesse la medesima portata "inespressiva" che autorevoli linguisti hanno indicato con riferimento all'aggettivo "*bonus*": quest'ultimo in non pochi impieghi costituirebbe un tipico esempio di "banalità" della lingua parlata, spesso utilizzato proprio perché consente a chi scrive di manifestare un giudizio positivo senza impegnarsi in ulteriori precisazioni.[52]

Accanto a queste due chiavi di lettura, tuttavia, potrebbe anche sostenersi una interpretazione che attribuisce una portata concettuale apposita, seppur non determinabile con precisione, a questo termine, com'è del resto più facile da attendersi da un dettato rigorosamente tecnico quale è una *formula* processuale. In questa direzione, una prima sollecitazione è, appunto, offerta dal trascritto testo del *De agri cultura* di Catone: il "*bene praebere*" all'artigiano quanto a costui è necessario (*quae opus sunt*) per portare a compimento l'opera concordata sembra alludere ad un mettere a disposizione "in maniera appropriata, adeguata" alle esigenze del caso. La prospettiva sembra la stessa che può riconoscersi in un frammento di orazione dello stesso Catone, "*In Q. Minucium Thermum De falsis pugnis*",[53] nel quale l'autore si scaglia contro Minucio Termo, colpevole di aver

49 A. Burdese, Rec. a N. Bellocci, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, II, in *IURA* 34, 1983, 179.

50 M. Kaser, *Zum Ediktsstil*, in *Fest. F. Schulz*, II, Weimar 1951, 29.

51 J.-Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire* cit., 161.

52 Questo impiego di "*bonus*" è stato, peraltro, ritenuto caratteristico proprio per il *De agri cultura* di Catone: J. Marouzeau, *Traité de stylistique latine*, Paris 1946, 88 ss.; C. De Meo, in R. Till, *La lingua di Catone*, traduzione e note supplementari di C. De Meo, Roma 1968, 190 nt. 95; S. Boscherini, *La costruzione del latino*, in A. Momigliano-A. Schiavone, *Storia di Roma*, IV, Torino 1989, 677 e nt. 122; con riferimento ai testi di Ennio, A. Risicato, *Lingua parlata e lingua d'arte in Ennio*, Messina-Firenze, 1966,[2] 72 s. Si tratterebbe, più ampiamente, di un riscontro della "povertà" della lingua del tempo: cfr. J. Marouzeau, *Quelques aspects de la formation du latin littéraire*, Paris 1949, 109 s. (seguito da M. von Albrecht, *Meister römischer Prosa von Cato bis Apuleius*, Heidelberg, 1971, 20 s. e nt. 32), a detta del quale "tutto ciò che è rimarchevole per grandezza è qualificato *magnus*, per qualità, *bonus*". Con specifico riferimento all'avverbio, si potrebbero citare i numerosi riscontri nel *De agri cultura* catoniano del tipo "*agrum bene colere*", "*villam bene aedificare*", etc.; nonché i frequenti impieghi, nella commedie plautine e terenziane, di locuzioni quali "*bene agere*" e "*bene facere*" e di coppie avverbiali quali "*bene pudiceque*", "*bene benigneque*", "*bene et sapienter*", "*bene atque amice*", "*bene feliciterque*", "*recte et bene*".

53 Cato, *or. frg*. 42 Sblend. = 58 Malc., con il commento di M.T. Sblendorio, *M.P. Catonis Orationes Reliquiae*, 1982, 193 s.

fatto arbitrariamente fustigare dieci magistrati di un *municipium* alleato, in quanto, a suo dire, essi non avevano curato in maniera appropriata i rifornimenti a lui destinati: "*Dixit a decemviris parum bene sibi cibaria curata esse*". Ancora Catone (*agr*. 134.3) ci restituisce un formula ufficiale – e perciò particolarmente utile ai nostri fini – di preghiera, nella quale (come nella *formula fiduciae*) vi è una compresenza tra l'aggettivo e l'avverbio: "*Iane pater, uti te strue commouenda bonas preces bene precatus sum, eiusdem rei ergo macte uino inferiori esto*". Il contesto della formula e il coordinamento con le preghiere da pronunziare subito prima (cfr. *agr*. 134.2) induce ad assegnare all'avverbio un'autonoma e definita funzione rispetto alla qualificazione delle preghiere come "devote" ("*bonae preces*") e in particolare a riconoscervi un riferimento all'aver pregato "in modo appropriato", e cioè secondo il rito prescritto.[54] D'altra parte, anche in Plaut., *Men*. 121, come in Cato, *agr*. 14.3, l'avverbio è accostato al verbo *praebere*, per alludere al procurare in maniera adeguata ("*quando ego tibi ancillas, penum,/ lanam, aurum, vestem, purpuram bene praebeo nec quicquam eges,/ malo cavebis si sapis, virum observare desines*"). In Plaut., *Pseud*. 732, poi, si parla di "*bene iuvare*" con riferimento al procurare una persona specificamente adatta al compimento di una particolare impresa. E in Plaut., *Men*. 980 il "*bene servire*" (cfr. *Persa* 7: "*servire bene servitutem*") riassume il comportamento che nei vv. 966-969 era stato riferito – si badi – al "*bonus servus*", descritto come "*qui rem erilem/ procurat, videt, conlocat cogitatque,/ ut apsente ero rem eri diligenter/ tutetur quam si ipse adsit aut rectius*".

Accolta questa prospettiva, il particolare contenuto della *conceptio verborum* si spiegherebbe senza che sia necessario attribuirvi una qualche ridondanza né riconoscervi una inespressività terminologico-concettuale. Ciascun elemento del testo, piuttosto, avrebbe una funzione ben precisa ed apposita: "*inter bonos*" richiamerebbe complessivamente un virtuoso modello etico-comportamentale, quello del *bonus vir*; il "*bene agier*" indicherebbe l'agire appropriato in relazione al conseguimento della finalità negoziale programmata;[55] "*et sine fraudatione*" sottolineerebbe specificamente il dovere di rispetto dell'affidamento, che contraddistingue il fenomeno fiduciario.[56] E

54 Cfr. la traduzione italiana di P. Cugusi e M.T. Sblendorio Cugusi, in *Opere di Marco Porcio Catone Censore*, II, in I. Lana (dir.), *Classici Latini*, Torino 2001, 215: "ti ho invocato secondo il rito con devote preghiere".

55 Sul complessivo dovere di collaborazione del fiduciario, ma con riferimento all'assetto classico della *fiducia*, cfr. B. Noordraven, *Die Fiduzia* cit., 216 ss.; per qualche cenno, P. Lambrini, *Lineamenti storico-dogmatici della fiducia cum creditore*, in L. Vacca (cur.), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Convegno Aristec – Salisburgo 2001), 2003, 271; F. Bertoldi, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, 142 ss.

56 Sarebbe superfluo insistere sul fatto che il profilo dell'affidamento è essenziale al fenomeno negoziale della *fiducia*. Mi limito a richiamare, in ragione dell'apposita accentuazione in esse contenuta, le testimonianze di Cic., *de nat. deor*. 3.74 "*… inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt*, …" (con il commento di N. Bellocci, *La tutela della fiducia* cit., 90); di Cic., *Rosc. com.* 17 "*Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis. Aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit*"; e la formuletta "*fidi fiduciae causa*" (su cui, ultimamente, L. Peppe, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano una prima riflessione*, in M. Lupoi (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, 2006, 41s.; Id., *Alcune*

la particolare meticolosità nella costruzione della *formula* ottimamente si coordinerebbe con il fatto che si tratta di uno schema congegnato per controversie alla cui base è una vicenda – il temporaneo passaggio, in capo ad un soggetto, della proprietà su un bene che dovrà, poi, esser ritrasferito al precedente *dominus* – avvertita dalla coscienza sociale come particolarmente delicata.

4. Come accennato in apertura di discorso, proprio con riguardo all'indicazione "*ut inter bonos ...*" è stato affermato che la nozione di *vir bonus* si sarebbe trasformata nel tempo e che questa evoluzione avrebbe inciso sul criterio di valutazione dei doveri del fiduciario: da un originario riferimento a "celui qui se contente de respecter les conseils des ancêtres et d'observer les lois et précepts" (Hor., *epist*. 1.16.40-45), che si iscriverebbe nella tradizione del *ius civile* e che sarebbe sotteso all'elogio del *vir bonus* compiuto nel *De agri cultura* di Catone (*agr.*, *praef.* 2), ad una nuova concezione, che sarebbe propria del *ius gentium* e influenzata dalla cultura ellenistica, di un *bonus vir* "dont on attend qu'il soit juste, loyal, généreux, mesuré et temperé" (Cic., *off*. 1.121) e specificamente, che "*prosit quibus possit, noceat nemini nisi lacessitus iniuria*" (Cic., *off*. 3.76).[57] Vera questa vicenda evolutiva, conseguirebbe che il collegamento, riconoscibile in Cic., *ad fam.* VII.12.2 (*supra*, § 3), tra le parole "*inter bonos bene agi*" e un modello di complessivo dovere di collaborazione riflette o una personale interpretazione ciceroniana o una posizione giurisprudenziale echeggiata da Cicerone e sviluppatasi solo in un momento successivo a quello della creazione del formulario.

Tuttavia, l'individuazione di una linea evolutiva come quella riferita è senz'altro da respingere. Da un lato, infatti, essa è categoricamente smentita dalle fonti poc'anzi ricordate, che, come detto, attestano già con riguardo al periodo compreso fra la metà del III e la metà del II secolo a.C. la salda elaborazione di una nozione di *vir bonus* incardinata sul possesso di *virtutes* – tra esse, la *fides* – e sui comportamenti nei quali le stesse sono obiettivate. Dall'altro lato, la ricostruzione in questione è inattendibile già intrinsecamente, in quanto si basa sul richiamo ad alcune semplici porzioni di testi, i quali invece, se letti integralmente ed inquadrati nella loro cornice complessiva, offrono ben altre indicazioni.

In particolare, il fatto che in *agr.*, *praef.* 2 Catone dica "*Et uirum bonum quom laudabant* (scil. *maiores nostri*)*, ita laudabant: bonum agricolam bonumque colonum; amplissime laudari existimabatur qui ita laudabatur*" che, cioè, "les Anciens donnaient au *bonus vir* les traits d'un bon argiculteur et d'un paysan expérimenté" in sé non significa nulla; né, meno che mai, rivela una nozione di *vir bonus* che "s'inscrit dans la tradition du droit civil", alla quale si contrapporrebbe una nozione che implica, invece, il possesso di *virtutes*. Le parole di Catone, infatti, sono da leggere insieme con la notazione di *praef*. 4, che coinvolge proprio l'orizzonte delle *virtutes*: "*ex agricolis et uiri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque pius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque inuidiosus, minimeque male cogitantes sunt qui in eo studio occupati sunt*".[58]

considerazioni circa la fiducia romana nei documenti della prassi, in Id. (cur.), *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, 179 ss.).

57 Così J.-Ph. Dunand, *Le transfert fiduciaire* cit., 175 s.

58 Cfr. G. Falcone, *AUPA* 54, 79 s. (= *Vir bonus* 66 ss.).

Dall'altro lato, lo stesso passaggio di Cic., *off*. 1.121 – "*si igitur non poterit sive causas defensitare sive populum contionibus tenere sive bella gerere, illa tamen praestare debebit, quae erunt in ipsius potestate, iustitiam, fidem, liberalitatem, modestiam, temperantiam, quo minus ab eo id, quod desit, requiratur*" –, che, pure, chiama in causa numerose virtù, non è in alcun modo utilizzabile. Esso, infatti, non si riferisce specificamente al *vir bonus* (dal quale ci si attenderebbe che sia giusto, leale, generoso, misurato e temperato), ma elenca le virtù che compongono, insieme con la *fortitudo*, la sfera dell'*honestum* con riguardo alla vita pratica (cfr. §§ 1.15 e 17) e che, afferma Cicerone, sono desiderate in chi non è, per sua natura, dotato della *fortitudo*. La qualifica di *vir bonus*, nella visione ciceroniana presentata nel *De officiis*, è specificamente collegata alle prime tre elencate e cioè alla *iustitia*, alla *fides* e alla *liberalitas* (cfr. § 1.20; 23, 48 *in fine*); e la trattazione su queste tre virtù si è chiusa con il § 60: la *modestia* e la *temperantia* sono illustrate, a partire dal § 93, in quanto "*reliqua pars honestatis*".

Infine, e soprattutto, il brano di Orazio, che dovrebbe attestare una concezione del *vir bonus* propria del *ius civile*, se letto nella sua interezza – *epist*. 1.16.40-45: "*Vir bonus est quis?*/ *Qui consulta patrum, qui leges iuraque servat*,/ *quo multae magnaeque secantur iudice lites*,/ *quo res sponsore et quo causae teste tenentur*./ *Sed videt hunc omnis domus et vicinia tota*/ *introrsum turpem, speciosum pelle decora*" – mostra che l'autore ha voluto impostare un immaginario scambio di battute e obiezioni al fine di esecrare la condotta di chi pubblicamente indossa la veste di una persona rispettosa del diritto (*leges*, *iura* e *consulta patrum*, che non sono "les conseils des ancêtres", bensì le deliberazioni del senato) e attiva nell'impegno civile (in qualità di *iudex*, di *sponsor*, di *testis*), e che, invece, è turpe interiormente e dentro le mura domestiche: non è, cioè, realmente un *vir bonus*. Tant'è che poco più avanti (nei versi 57-62) Orazio dipinge lo stesso soggetto che esteriormente si atteggia a *vir bonus* – e che per il predetto comportamento mostrato in pubblico è guardato con ammirazione dal *forum* e dal *tribunal* ("*Vir bonus, omne quem forum spectat et omne tribunal*") – come qualcuno che, mentre è intento a compiere un sacrificio a Giano ed Apollo, a bassa voce prega la divinità protettrice dei ladri affinché gli dia la possibilità di restare impunito dietro una parvenza di persona giusta e corretta ("*Pulchra Laverna*,/ *da mihi fallere, da iusto sanctoque videri*,/ *noctem peccatis et fraudibus obice nubem*"). Significativamente, poi, tra questi due passaggi Orazio inserisce (vv. 46-54) un altro immaginario dialogo. Un servo si autodefinisce "*bonus*" in quanto non ha rubato né è fuggito né ha ucciso; ma l'autore gli nega questa qualifica, affermando che i *boni* rifuggono dai misfatti "*amore virtutis*", il servo invece per timore della punizione, e affermando che costui, se avesse la prospettiva di restare impunito, commetterebbe gravi malefatte ("*Oderunt peccare boni virtutis amore*:/ *tu nihil admittes in te formidine poenae*:/ *sit spes fallendi, miscebis sacra profanis*"). Dall'intero svolgimento delle battute si evincono due dati. Da un lato, che per Orazio *vir bonus* è l'opposto di *turpis*, cioè l'opposto di chi non si comporta secondo virtù: siamo, dunque, sulla medesima linea concettuale attestata dalle fonti di III-II secolo. Dall'altro lato, che Orazio, nel far raffigurare all'interlocutore il *vir bonus* come colui che si cura di mostrarsi rispettoso del diritto e dedito agli uffici civili, mentre è turpe là dove può considerarsi nascosto e sicuro, esprime la stessa critica che era stata formulata, non molto tempo prima, da Cicerone (cfr., tra molti testi, *leg*. 1.40-41; 50-51;

ad Att. 7.2.4; *fin*. 2.73) avverso la visione epicurea, secondo la quale le *iniuriae* sono da evitare non per amore della virtù-*iustitia* in sé, ma per il timore delle punizioni.

Discutere, in ragione delle fonti che precedono, di una "tradizione del *ius civile*" e di una "innovazione del *ius gentium* su influssi ellenistici" a proposito della nozione di *vir bonus* (e quindi della portata della *formula fiduciae*) è fuori luogo e privo di qualsiasi appiglio testuale.

Abstract

The author examines the internal meaning of the formula "*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*" of the *actio fiduciae*. In particular, citing third and second century B.C. sources, he argues (confirming the findings of his recent research) that the qualification "*vir bonus"* underlying the words "*inter bonos*" indicates an ethical-behavioural perspective, not social status. He suggests a reading that would give the adverb "*bene*" (generally considered pleonastic with regard to the terms "*inter bonos*") an autonomous role. Finally, he shows that the sources do not justify the assertion that the meaning of the criterion "*ut inter bonos*" has changed over time as a consequence of an alleged transformation of the notion of *vir bonus.*

DIE DURCHSCHNITTENE KEHLE

I. Fargnoli* ** ***

1. Der Barbierfall

Ein Besuch beim Barbier kann riskant sein. In einer Ulpianstelle in den Digesten ist bekanntlich ein Fall überliefert, in dem der Barbier den Tod seines Kunden verursacht:

> D. 9.2.11 pr. (Ulp. 18 ad ed.) *Item Mela scribit, si, cum pila quidam luderent, vehementius quis pila percussa in tonsoris manus eam deiecerit et sic servi, quem tonsor habebat, gula sit praecisa adiecto cultello: in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri. Proculus in tonsore esse culpam: et sane si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur vel ubi transitus frequens erat, est quod ei imputetur: quamvis nec illud male dicatur, si in loco periculoso sellam habenti tonsori se quis commiserit, ipsum de se queri debere*[1]. (Ebenso schreibt Mela: als mehrere Ball spielten, schleuderte einer (von ihnen) den Ball (etwas) heftiger und traf die Hände eines Barbiers, so dass einem Sklaven, den der Barbier (gerade) rasierte, die Kehle durch das angelegte Messer durchschnitten wurde; bei wem immer von ihnen die Schuld liege, der werde aus der lex Aquilia haften. Nach Proculus liege die Schuld bei dem Barbier: und gewiss, wenn er dort rasierte, wo gewohnheitsmässig gespielt wurde oder wo häufiger Verkehr war, kann man ihm etwas vorwerfen. Allerdings wird hiergegen auch nicht zu Unrecht eingewandt: wenn sich jemand einem Barbier anvertraue, der an einem gefährlichen Ort seinen Stuhl (aufgestellt) hat, der müsse sich dies selbst zuschreiben[2].)

Ein Sklave lässt sich von einem Barbier rasieren (*servi, quem tonsor habebat*). Es war in Rom üblich, sich täglich rasieren zu lassen, und zwar nicht nur für Freie, sondern auch für Sklaven. Unter den Freien waren es besonders die Wohlhabenden, welche in

1 O. Lenel, Palingenesia iuris civilis II, Lipsiae 1889 [rist. Roma 2000] 524, § 614.

2 Übersetzung von M. Rainer/J. Filip-Fröschl, Texte zum Römischen Recht. Fallbeispiele für das Studium. Schwerpunkt Schuld- und Sachenrecht, Wien/New York 1998.

* Professorin für Römisches Recht an der Universität Bern und an der Università degli Studi di Milano.

** Dieser Beitrag ist meinem Freund und Kollegen Laurens Winkel gewidmet.

*** Meiner Mitarbeiterin, Frau Tanja Zbinden, bin ich für das Korrekturlesen des Textes zu Dank verpflichtet.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 275-286

den Friseursalon[3] gingen oder oft sogar einen privaten Friseur hatten, der zu ihnen nach Hause kam. Solchen Luxus hatten die Sklaven dagegen nicht. Sie mussten sich meist von einfacheren Barbieren unter freiem Himmel, auf der Strasse oder, wie im obigen Fall, sogar in der Nähe von Spielveranstaltungen rasieren lassen. An jenen Plätzen war es den Barbieren möglich, ihre Kunden ganz einfach unter den Zuschauern zu finden[4].

In der Regel sind die uns überlieferten Tatbestände in den Digestenstellen sehr allgemein gehalten. Angaben zu den Beteiligten sowie Beschreibungen sind meist sehr knapp. Dies ist der Grund, weshalb solche Stellen selten als unmittelbare Rechtsquellen für das Alltagsleben der römischen Gesellschaft herangezogen werden können. Anders dagegen im vorliegenden Text, welcher vielleicht gerade deswegen juristisch so interessant ist.

In unserem Fall wird in direkter Nähe der beiden Ball gespielt (*cum pila quidam luderent*). Gemäss Sachverhalt liegt die Vermutung nahe, dass es sich um ein Handballspiel handelte[5]. Die Bälle, welche dabei geworfen wurden, muss man sich klein und schwer vorstellen[6].

Der Rasierte hatte in casu kein Glück. Mit dem Ball trifft ein Spieler die Hand des Barbiers in so heftiger und unglücklicher Art und Weise, dass das Rasiermesser an die Kehle des Sklaven gedrückt wird. Der Barbier schneidet so dem Sklaven die Kehle durch und tötet ihn (*gula sit praecisa adiecto cultello*). Es stellt sich nun die Frage, wer für diese, durch die Hand des Barbiers begangene, Tötung verklagt werden kann.

2. Die Falllösungen in der Klassik

Die Stelle nennt drei Lösungsansätze. Der erste ist jener des Juristen Fabius Mela (*in quocumque eorum culpa sit, eum lege Aquilia teneri*). Dieser kurze Satz ermöglicht zahlreiche Interpretationsmöglichkeiten.

Es wurde vertreten, dass die Verwendung des Wortes *vehementius* anstelle von *vehementer* (allzu heftig) für eine Verantwortung des Ballspielers spreche[7]. Der Spieler haftet, weil er *vehementius* (ziemlich heftig) geschlagen hat, nämlich über die Grenzen des

3 A. Wacke, Unfälle bei Sport und Spiel nach römischem und geltendem Recht, in Stadion 3, 1978/9, 13.

4 Zum ambulanten Barbier, der eine normale Erscheinung gewesen sein soll, s. K.J. Marquardt, Das Privatleben der Römer II, 1886, 604.

5 C.J.H. Jansen, Mitverschulden: einige Betrachtungen über D. 9,2,11 pr., in L. De Ligt/J. de Ruiter/E. Slob/J.M. Tevel/M. van de Vrugt/L.C. Winkel (Hrsg.), Viva vox Iuris Romani. Essays in Honour of J.E. Spruit, Amsterdam 2002, 104. Zum Trigon, in dem drei Spieler durch ihre Aufstellung ein gleichseitiges Dreieck bildeten und mit mehreren Bällen spielten, s. G. Racke, Trigon, in PW 7a, 1939 (Neudruck 1974), 138. Für die Möglichkeit, dass der Ball im Fall mit einem Stock geschlagen wurde, s. R. Knütel, Zu den Gleichnissen des Art. 146 der Peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V, in F. Dorn/J. Schröder (Hrsg.), Festschrift für G. Kleinheyer zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2001, 355.

6 Dass sie aus Stofflappen bestanden und mit Haaren oder Federn gestopft waren, behauptet Marquardt, Das Privatleben der Römer, 841ff.

7 R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1990 (Neudruck 1996), 1010. Dagegen Knütel, Zu den Gleichnissen, 355, der behauptet, dass der Ballspieler, falls verantwortlich, eine *actio in factum* nach der *lex Aquilia* befürchten müsse, indem aber Mela „nur die direkte Klage in Betracht“ zieht.

ihm zugewiesenen Platzes hinaus[8]. Fraglich ist, „welche Partei den ausschlaggebenden Fehler gemacht hat und wen damit das überwiegende Verschulden am Zustandekommen des Unfalls traf“[9]. Es sei ein Gegensatz, dass der Ball allein keine Tötung verursachte und erst durch das Rasieren eine solche ermöglicht wurde: der Barbier setzte somit die alleinige Todesursache[10].

Der zweite Lösungsansatz stammt vom frühklassischen Juristen Proculus, der ein Verschulden des Barbiers anerkennt und ihn aus der *lex Aquilia* haften lassen will. Er spricht sich also für eine alleinige Haftung des Barbiers aus. Der unbeabsichtigte Fehlwurf gehöre zu den Risiken des Spiels und sei aus diesem Grund dem Ballwerfer nicht vorzuwerfen[11]. Vorausgesetzt wird aber, dass der Barbier dort rasierte, wo die Spieler immer spielten (*ubi ex consuetudine ludebatur*) oder wo der Verkehr in jedem Fall dicht war (*ubi transitus frequens erat*). Der Barbier sei derjenige, der die Gefahr zu tragen habe.

Die dritte Lösung schliesslich, qualifiziert als anonyme dritte Meinung[12], die Ulpian am Ende vertritt. Danach wird die Haftung des Barbiers gänzlich verneint. Der Grund hierfür liegt im eigenen Verschulden „des Geschädigten[13]“, der sich freiwillig in einer gefährlichen Zone rasieren liess. Der Verschuldensvorwurf gegenüber dem Sklaven lautet: *de se queri debere*. Dieses Verschulden schliesst jenes des Barbiers aus. Dem Herrn des Sklaven wird der Anspruch vollständig versagt. Es handelt sich hierbei um den Alles-oder-Nichts-Grundsatz[14]. Auf Grund der Selbstgefährdung seines Sklavens wird der Eigentümer keinen Ersatz gestützt auf die *lex Aquilia* erhalten[15].

Zur Verstümmelung des bekannten sowie schwierigen Textes hat sich ein Teil der Literatur geäussert. Es sollte sich beim *quamvis* bis zum Ende um ein Glossem handeln[16]. Ein Glossator scholastischen Ursprungs solle hier etwas hinzugefügt haben[17], da es auch um zwei Verschuldensträger geht, die Entscheidung aber keine Mithaftung oder Teilung der Haftung vorsieht. Dazu kommt, dass es sowohl an einer eindeutigen Stellungnahme Ulpians als auch an vorausgehenden Ausführungen, insbesondere der Erwähnung der

8 Ch. Wollschläger, Eigenes Verschulden des Verletzten, in ZSS 93, 1976, 132.

9 Wacke, Unfälle bei Sport und Spiel, 11. S. auch P. Aumann, Das mitwirkende Verschulden in der neueren juristischen Dogmengeschichte, Diss. Hamburg, 1964 und J. Hübner, Eine Wiederkehr der Culpa-Kompensation?, in Jus 1974, 496f.

10 Wollschläger, Eigenes Verschulden des Verletzten, 132.

11 Wollschläger, Eigenes Verschulden des Verletzten, 132.

12 Wollschläger, Eigenes Verschulden des Verletzten, 132.

13 In der Tat wird der Sklavenherr wegen des Verlustes seines Sklaven und nicht der Sklave selbst geschädigt, so dass die Anführungszeichen hier angemessen sind. Für eigene Beispiele der Regelung, die moderne Rechtsordnungen für das eigene Verschulden des Geschädigten vorsehen, s. unten § 6, besonders Fn. 39-42.

14 Wollschläger, Eigenes Verschulden des Verletzten, 133; H. Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 2. Aufl., Wien 1980, 28.

15 Knütel, Zu den Gleichnissen, 356.

16 S.G. Beseler, Miszellen, in ZSS 43, 1922, 540, der behauptet, dass das ganze Ende der Stelle von *quamvis* bis zum Ende unecht oder verfälscht ist und S. Schipani, Responsabilità ex Lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa, Torino 1969, 420ff.

17 Schipani, Responsabilità, 422.

Verantwortung des Ballspielers, fehlt[18]. Es wird behauptet, Mela habe als erster die Haftung des Ballwerfers erwähnt, seine Äusserung ist uns aber nicht überliefert worden[19]. Ebenfalls wurde vertreten, Ulpian habe die Frage des konkurrierenden Verschuldens bereits angeschnitten[20].

Wenn man von Interpolationsbedenken absieht, die hier geäussert werden, aber nicht sehr überzeugend wirken[21], sollte man sich schliesslich fragen: Welche Klage konnte nun also erhoben werden? Die drei Lösungen der Ulpianstelle sind schliesslich wie folgt zusammenzufassen:

Gemäss Proculus kann die *actio legis Aquiliae* gegen den Barbier erhoben werden. Die Möglichkeit der unmittelbaren Haftung aus der *lex Aquilia* besteht, weil die Herbeiführung des Schadens durch positives Handeln des Täters und mittelbare Einwirkung[22] auf den Sklaven, der getötet wurde, erfolgte. Schaden, Kausalität und Rechtswidrigkeit sind kumulativ gegeben[23]. Wurde eine Haftung bejaht, so stellt sich weiter die Frage, wie die Schadensberechnung erfolgte. Erfüllte eine Handlung den Tatbestand des ersten Kapitels der *lex Aquilia* wie in Proculus' Lösung, so war der höchste Wert des getöteten Lebewesens im Jahr vor der Schädigung zu ersetzen.

Gemäss Anonymus kann auf Grund des eigenen Verschuldens des Sklaven keine Klage erhoben werden.

Melas Lösung bleibt dahingehend unklar.

18 G. Rotondi, Dalla lex Aquilia all'art. 1151 Cod. Civ. Ricerche storico-dogmatiche, in cur. E. Albertario, G. Rotondi, Studii sul diritto romano delle obbligazioni, Milano 1922, 487f.; W. Kunkel, Exegetische Studien zur aquilischen Haftung, in ZSS 49, 1929, 177.

19 Rotondi, Dalla lex Aquilia, 487f., der behauptet, dass Mela ursprünglich als erster die Haftung des Ballwerfers erwähnt hätte. Besonders wird der Satz *de se queri debet* als naives Glossem gesehen, weil sich derjenige, der schon tot ist, nicht über sich selbst beklagen kann: so G. Beseler, Romanistische Studien, in ZSS 50, 1930, 31 und U. Lübtow, Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato, Berlin 1971, 107 Fn. 104. Dagegen Th. Mayer-Maly, De se queri debere, officia erga se und Verschulden gegen sich selbst, in Festschrift M. Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 248: gemeint ist, dass „man weder rechtsfähig noch lebend sein" muss, „um sich etwas zuschreiben zu lassen". Darüber auch Wacke, Unfälle bei Sport und Spiel, 15 Fn. 56.

20 Beseler, Romanistische Studien, 31; Lübtow, Untersuchungen, 107 Fn. 104.

21 So bereits Kunkel, Exegetische Studien, 178f.

22 Die Haftung des Ballspielers wäre durch eine *actio in factum* begründet: Proculus hätte sich mit der Haftung des Barbiers dem unbequemen Problem der *actio in factum* entzogen: so Kunkel, Exegetische Studien, 178. Zur *actio in factum*, welche nach dem Vorbild der *actio legis Aquiliae* vom Prätor gewährt wurde, s. E. Valiño, Acciones pretorias complementarias de la accion civil de la ley Aquilia, Pamplona 1973; B. Albanese, Studi sulla legge Aquilia, in Annali Palermo 21, 1950, 5ff.; G. Wesener, Actiones ad exemplum, in ZSS 75, 1958, 227 und Idem, Utiles actiones in factum, in Studi Betti IV, Milano 1962, 493ff.; W. Selb, Actiones in factum und Formeltechnik, in Festschrift Demelius, Wien 1973, 223ff.; G. Thielmann, Actio utilis und actio in factum, in Studi Biscardi II, Milano 1982, 295ff.

23 Voraussetzung der Tatbestandsmässigkeit im Sinne des ersten Kapitels war, dass die Tötung eines fremden Sklaven oder Tieres vorlag: s. D. 9.2.2 pr. (Gai. 7 ad ed. prov.). Dazu s. Albanese, Studi, 201ff.; C.A. Cannata, Sul testo originale della lex Aquilia: premesse e ricostruzione del primo capo, in SDHI 58, 1992, 194ff. und Idem, Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria, in L. Vacca (Hrsg.), La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica, Turino 1995, 25ff.

3. Die Interpretation in den Basiliken

Die Basiliken enthalten eine gekürzte Übersetzung der Ulpianstelle[24]:

> B. 60.3.11 = D. 9.2.11 init.: Ulp. Ἐάν τις σφαιρίζων ῥίψῃ τὴν σφαῖραν εἰς τὴν χεῖρα τοῦ κουρέως καὶ λαρυγγοτομηθῇ ὁ κουρευόμενος δοῦλος, ὁ κουρεὺς ἐνέχεται, ἐὰν ἐκούρευσεν, ἔνθα κατὰ συνήθειαν ἐγίνετο τὸ παίγνιον, ἢ ἔνθα συνεχὴς ἦν ἡ πάροδος. εἰ καὶ τὰ μάλιστα καλῶς λέγει τις, ἑαυτῷ ὀφείλειν μέμφεσθαι τὸν ἑαυτὸν κουρεῖ καταπιστεύσαντα ἐν ἐπικινδύνῳ τόπῳ κουρεύοντι[25]. (Als jemand Ball spielte, schleuderte er den Ball auf die Hand des Barbiers und den Sklaven, der rasiert wurde, so dass die Kehle durchschnitten wurde; in diesem Fall haftet der Barbier, falls er dort rasierte, wo üblicherweise gespielt wurde oder wo häufig Verkehr war: Am richtigsten liegt wer sagt, dass der sich dies zuschreiben lassen müsse, der sich getraut hat, sich auf einem solch gefährlichen Platz rasieren zu lassen.)

Die Erwähnung der Juristen, denen die Meinungen zuzuschreiben sind, ist jedoch nicht mehr ersichtlich. Dazu kommt, dass Melas Meinung weggefallen ist. Proculus' Lösung ist hingegen geblieben: der Barbier haftet. Wie in den Digesten wird präzisiert, dass er nur dann haftet, wenn die Spieler immer dort gespielt haben, oder wenn der Verkehr in jedem Fall dicht war. Die Stelle der Basiliken äussert sich daher in Richtung einer notwendigen Prüfung des Verschuldens des Barbiers bezüglich dessen Wahl des Rasurortes. Danach wird, genau wie in den Digesten, gesagt, dass eine andere Lösung bestehe, welche nicht nur wie in den Digesten *nec illud male*, sondern als beste anzuerkennen sei: ἑαυτῷ ὀφείλειν μέμφεσθαι (am richtigsten liegt wer sagt). Es gilt das eigene Verschulden des Sklaven aufgrund der Tatsache anzuerkennen, dass sich dieser überhaupt auf den Rasierstuhl gesetzt hat, obwohl er die Gefährlichkeit einer solchen Rasur hätte erkennen sollen. Die Haftung des Barbiers sollte folglich ausgeschlossen werden.

4. Die Interpretation eines späteren Scholions

Zur Interpretation von Melas Lösung in den Digesten ist ein langes Scholion von Hagiotheodorita zu B. 60.3.11 überliefert, das viel hilfreicher als die Basilikenstelle selbst ist:

> Τοῦ Ἁγιοθεοδωρ. Ἐχρῆν ἄν, φησίν, ἐν δυσὶ τούτοις ἀνθρώποις πταίσασι, τῷ τε κουρεῖ τῷ ἐν τοιούτῳ τόπῳ κουρεύοντι, καὶ τῷ καταπιστεύσαντι ἑαυτὸν τῷ τοιούτῳ κουρεῖ, χείρονος αἱρέσεω εἶναι τὸν κουρευθέντα καὶ ἀκούειν, ὅτι ἑαυτὸν καταμέμφου, καὶ μηδὲ ἀγωγὴν ἔχειν κατὰ τοῦ κουρέως. ἀλλ' ὅμως χείρονος αἱρέσεως ποιοῦμεν μᾶλλον τὸν κουρέα, καὶ ἀγωγὴν καθυπάγομεν διὰ δύο αἰτίας· μίαν μέν, ἵνα μὴ ἐξ ἀποτελέσματος τὸν δεσπότην τοῦ δούλου τὸν μηδὲν πταίσαντα, ἀλλὰ παντελῆ ἔχοντα ἄγνοιαν

24 Schipani, Responsabilità, 421 Fn. 24.

25 A.J. Scheltema/D. Holwerda/N. van der Wal (Hrsg.), Basilicorum libri LX, 8, Groningen 1988, 2752; G.E./D.C.E. Heimbach (Hrsg.), Basilicorum libri LX V, Lipsiae 1850, 272 für die lateinische Übersetzung: *Si quis pila ludens deiecerit pilam in tonsoris manum, et servo, qui tondebatur, gula fuerit praecisa, tonsor tenetur, si ibi tondebat, ubi ex consuetudine ludebatur, vel ubi transitus frequens erat etiamsi maxime recte quis dicat, ipsum de se queri debere, qui se in periculoso loco tondenti tonsori committit.*

ζημιώσωμεν, καὶ τοῦ διπλοῦ ἀποστερήσωμεν, τὸν δὲ κουρέα ἀνένοχον καταστήσωμεν, ὅπερ ἄδικον· ἑτέραν δέ, ὅτι, κἂν μὴ δοῦλος ἦν, ἀλλ᾽ἐλεύθερος ὁ λαρυγγοτομηθείς, δίκαιόν ἐστιν, ἐκ δύο κακῶν τὴν τοῦ μείζονος κακοῦ ἀναστολὴν προτιμήσασθαι, παρ᾽ ὅ τιμωρῆσαι τὸ ἔλατιον. εἰ γὰρ μὴ τὸν κουρέα τιμωρήσομεν, πολλοὺς ἂν ὁ τοιοῦτος καὶ ἄλλους βλάψῃ τοιουτοτρόπως. ἰδοὺ τὸ μεῖζον κακόν, ὅπερ προανασταλῆναι ἔδει, καὶ μὴ ἕνα κουρέα βλάπτειν ὄχλον πολύν, κἂν ὁ ὄχλος ἀπρόςεκτος. δίκαιον οὖν ἐστι, καὶ οὕτω ποιοῦμεν καὶ τιμωροῦμεν τὸν κουρέα, καὶ οὐχὶ τὸν κουρευθέντα ἀποκλείομεν· ὅπερ ἦν, εἰ ὡρίσθη κακοῦ ἐλάττονος τιμωρία. τιμωροῦμεν τοίνυν τὸν κουρέα, καὶ πολλοὺς ἐλευθεροῦμεν μελλούσες βλάβης, συνεργεῖν ἔχοντες εἰς τοῦτο καὶ τὸν κανόνα τοῦ γ᾽. τιτ. τοῦ β᾽. βιβ. τὸν λέγοντα· ὅτε χωρὶς βλάβης οὐκ ἐνδέχεται γενέσθαι τι, τὸ ἧττον ἄδικον ἐπιλεγόμεθα. ἐν δὲ τῷ ἀνωτέρω θέματι μόνον ἔπταισεν ὁ παρελθών, ἔνθα οἱ ἀκοντίζοντες ἔπαιζον· ἐκεῖνοι γὰρ ἐν κάμπῳ ἀκοντίζοντες οὐδὲν πταῖσμα ἐποίουν[26]. (Von Hagiotheodorita. Er (Ulpian) sagte: Unter diesen zwei schuldigen Menschen, nämlich dem Barbier und erst recht dem, der sich vom Barbier an diesem Ort hat rasieren lassen, sei der Rasierende schlechter gestellt, er hafte und man habe keine Klage gegen den Barbier. Zwar, wenn aus dem Ereignis, für das den Herrn des Sklaven keine Schuld trifft, und der völlig unbewusst geschädigt wurde, dieser doppelt geschädigt wird, da der Barbier von der Haftung befreit wäre, ist es aber ungerecht: anders wäre es, wenn nicht dem Sklaven, sondern einem Freien der Hals durchschnitten ist, dann wäre es gerecht, unter zwei Bösen das Verbot der schlimmeren Tat zu bevorzugen als die weniger schlimme Tat zu bestrafen. Tatsächlich wird er viele andere Personen auf diese Weise schädigen können, wenn wir den Barbier nicht bestrafen. Dies ist gerecht und so werden wir es machen: wir bestrafen den Barbier und schliessen den Rasierten nicht aus: Anders wäre es, wenn eine Strafe für die weniger schlimme Tat vorgesehen würde. Wir bestrafen also den Barbier und retten viele Personen vor einem Schaden, wenn wir die Regel vom 3. Titel im 2. Buch anwenden, die sagt: Wenn etwas ohne Schaden nicht gemacht werden kann, so wählen wir doch die am wenigsten ungerechte Lösung. Im vorigen Fall hat allein

26 A.J. Scheltema/D. Holwerda/N. Van der Wal (Hrsg.), Basilicorum libri LX, Scholia in libros, 8, Nr. 41, 3104. S. auch G.E./D.C.E. Heimbach (Hrsg.), Basilicorum libri LX V, 272 für die lateinische Übersetzung: *etiamsi maxime recte quis dicat] Hagiotheodor. Ex his duobus hominibus delinquentibus, inquit, tonsore, qui in tali loco tondet, et eo, qui eiusmodi tonsori se committit, oporteret deterioris conditionis esse eum, qui tonsus est, et sibi imputare, neque actionem habere in tonsorem. Verum tamen deterioris conditionis facimus tonsorem, et actioni subiicimus ob duas causas alteram, ut ne ex eventu dominum servi nihil delinquentem et prorsus ignorantem laedamus et duplo privemus, tonsorem autem noxa eximamus, quod iniustum esset alteram, quod, etsi non servus, sed liber esset is, cui gula praecisa fuit, aequius est, ex duobus malis praeferre maioris mali prohibitionem, quam minus punire. Nam si tonsorem non puniverimus, plures alios hic tali modo laeserit. En maius malum, quod prohiberi oportet, et caveri, ne unus tonsor magnam multitudinem hominum damno afficiat, licet multitudo parum attenta sit. Aequum igitur est, et hoc facimus, et tonsorem punimus, nec excludimus tonsum quod esset, si minoris mali poena statueretur. Punimus igitur tonsorem, multosque futuro damno liberamus, adiumento habentes regulam tit. 3. lib. 2. dicentem Cum sine damno fieri aliquid non potest, minus iniustum eligimus. Superiori autem casu solus peccavit is, qui transiit per eum locum, ubi iaculantes ludebant illi enim in campo iaculantes nihil deliquerunt.*

der Passant einen Fehler gemacht, der, wo Speerwerfer spielten, das Feld durchquerte: jene, die im Feld Speerwerfen spielten, sind hingegen nicht schuldig.)

Der byzantinische Scholiast befindet eine andere Lösung als jene der Digesten und der Basiliken für die beste.

Bereits von Anfang an spricht er eindeutig von zwei Subjekten: ἐν δυσὶ τούτοις ἀνθρώποις πταίσασι. Die lateinische Übersetzung lautet *delinquentibus,* aber ich glaube, dass das untechnische Verb πταίσω besser mit „schuldig sein" zu übersetzen ist. Beide Beteiligte, und zwar der Barbier und der Sklave, sind schuldig. Genau wie in der Interpretation der Basiliken in B. 60.3.11 kommt eine eventuelle Schuld des Ballwerfers nicht in Betracht. Der Verstorbene ist in einer besonderen Stellung, da er als Sklave und erst recht nach seinem Tod den Barbier nicht verklagen kann. Obwohl er das Opfer ist, ist er auch schuldig, weil er sich an diesem gefährlichen Ort rasieren lässt[27]. Das Verschulden des Sklaven ist also nicht auszuschliessen, aber dieses Verschulden soll jenes des Barbiers auch nicht ausschliessen. Anders als die Lösung, welche die Basiliken schlussendlich bevorzugen, soll der Barbier doch haften (τιμωροῦμεν τοίνυν τὸν κουρέα)[28]. Es wäre einfach weniger gerecht, den Barbier nicht zu bestrafen. Besonders bedeutsam ist, dass diese Lösung als die am wenigsten ungerechte Lösung (τὸ ἧττον ἄδικον) qualifiziert wird. Den Ausdruck τὸ ἧττον ἄδικον leitet der Scholiast aus einer von ihm zitierten Iavolenusstelle in D. 50.17.200 (Iav. 7 epist.) her[29]: *Quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habeat iniquitatis*. Obwohl nicht feststellbar ist, aus welchem Kontext Iavolenus sich so geäussert hatte[30], formuliert diese Stelle deutlich den Grundsatz des mildesten Mittels aus[31].

Bei der Begründung der Lösung des „τὸ ἧττον ἄδικον" ist Hagiotheodorita sehr ausführlich. Der erste Ansatzpunkt bezieht sich auf das Unbewusstsein des Herrn des getöteten Sklaven. Der Barbier solle im Interesse dieses Herrn, den kein Verschulden treffe, haften. Der Herr ist in der Tat gar nicht in den Fall involviert und deshalb wäre es völlig ungerecht, dass er den Schaden tragen muss. Die zweite Ausführung betrifft ein öffentliches Interesse. Der Barbier soll verantwortlich gemacht werden, weil er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit dargestellt hat[32]. Der Barbier könnte viele andere

27 Wollschläger, Eigenes Verschulden*,* 134.

28 Dazu s. Kunkel, Exegetische Studien, 179; Wollschläger, Eigenes Verschulden, 134 und D. Looschelders, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999, 13.

29 Diese soll die Digestenstelle sein, welche dem zitierten Text im zweiten Buch, dritter Titel (s. B. 2.3.200 in G.E./D.C.E. Heimbach (Hrsg.), Basilicorum libri LX I, Lipsiae 1833, 78) entspricht.

30 B. Eckardt, Iavoleni Epistulae, Berlin 1978, 71 Fn. 44.

31 So Eckardt, Iavoleni Epistulae, 71.

32 Kunkel, Exegetische Studien, 179. Zu erwähnen sind die Stellungnahmen von Azo (Azonis, Summa Codicis 3,8), der die Verantwortung des Barbiers verneint. Der Meinung folgt Accursius, der auf 13.6.23 (Pomp. 21 ad Quintum Mucium) verweist: da wird die *culpa* des Gläubigers bei einer Ausleihe anerkannt und deswegen die *culpa* des Schuldners bei Verschlechterung des Zustandes des ausgeliehenen Pferdes ausgeschlossen. Keine Haftung des Barbiers behauptet auch Faber (A. Faber, Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum II, Lugduni 1631, 283: *concludit, quod verius est, nullo casu tonsore teneri*).

Kunden an diesem Ort rasieren und auf dieselbe Weise verletzen oder töten. Auch aus diesem Grund muss man ihn schlussendlich bestrafen.

Wichtig für den Scholiasten ist schliesslich die Erwähnung des Speerwerferfalles, welcher sich etwas früher in den Digesten findet (ἐν δὲ τῷ ἀνωτέρω θέματι). Da ist der Sklave der einzig Schuldige. Deshalb soll dieser Fall anders als der Barbierfall gelöst werden und die Schädiger sollen nicht aus der *lex Aquilia* haften.

5. Vergleich mit dem Speerwerferfall

Der Fall, der von Hagiotheodorita mit dem Barbierfall verglichen wird, ist in Ulpians Kommentar zum Edikt als die unmittelbar vorhergehende Stelle des Barbierfalles von Otto Lenel rekonstruiert worden[33]:

> D. 9.2.9.4 (Ulp. 18 ad ed.) *Sed si per lusum iaculantibus servus fuerit occisus, Aquiliae locus est: sed si cum alii in campo iacularentur, servus per eum locum transierit, Aquilia cessat, quia non debuit per campum iaculatorium iter intempestive facere. qui tamen data opera in eum iaculatus est, utique Aquilia tenebitur.* (Wird beim Spielen von Speerwerfern ein Sklave getötet, ist Raum für die Klage aus der *lex Aquilia*. Wenn jedoch, während andere sich auf dem Sportplatz im Speerwerfen übten, der Sklave über den Platz gelaufen ist, fällt die *Aquilia* weg, weil er über den Speerwurfplatz nicht zur Unzeit seinen Weg nehmen durfte. Wer freilich mutwillig nach ihm geworfen hat, wird allerdings aus der *Aquilia* haften.)

Ein Sklave wird durch einen Speerwurf getötet, weil er ein Spielfeld überquert, auf dem Speerwerfer üben. Man muss unterscheiden, ob der Speerwerfer fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Hat der Speerwerfer den Speer vorsätzlich auf den Sklaven geworfen (er wollte den Sklaven als Täter tatsächlich treffen), haftet er trotz eigenen Verschuldens des Sklaven aus der *lex Aquilia*. Handelt der Speerwerfer nur fahrlässig, so ist er von der Haftung befreit. Es wird vertreten, dass in einem derart gelagerten Fall von einer überwiegenden *culpa* des Sklaven ausgegangen werden kann[34]. Man hat sich dahingehend geäussert, dass ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber dem Speerwerfer von vornherein nicht in Betracht komme, da dieser eine erlaubte Tätigkeit auf dem Sportplatz ausübe[35]. Analog zur anonymen Meinung im Barbierfall, die Ulpian vertritt, entscheidet sich Ulpian hier für das Überwiegen des eigenen Verschuldens des Sklaven. Vielleicht hat Ulpian auf Grund des Speerwerferfalls die anonyme Meinung im Barbierfall vertreten. Die Stelle ist hier aber viel weniger problematisch als im Barbierfall, weil es lediglich um zwei Subjekte und um den Rahmen einer normalen Sportausübung geht, so dass die

33 Lenel, Palingenesia II, 524, § 614.

34 Wacke, Unfälle bei Sport und Spiel, 4ff.; s. auch Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, 27, der behauptet, dass der Speerwerferfall vom Gedanken des überwiegenden Verschuldens geprägt ist. S. auch A. Pernice, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, Weimar 1867, 58ff. und Idem, Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit II.1, 2. Aufl., Halle 1895 (Neudruck 1963), 89ff., der den Gedanken der Culpakompensation entwickelt.

35 Wollschläger, Eigenes Verschulden des Verletzten, 127.

Entscheidung bezüglich der Selbstgefährdung des Sklaven unumstritten ist[36]. Der Spieler haftet also im Rahmen regelmässiger Sportausübung nicht für fahrlässige Schädigungen von Passanten und Zuschauern aus der *lex Aquilia*.

6. Schluss

Das eigene Verschulden des Sklaven, dessen Kehle durchgeschnitten wird, erlaubt zwei Schlussfolgerungen.

Da das römische Recht dem Rechtsdenken Europas etliche Rechtsfiguren, Maximen und Terminologien vermittelt hat[37], sind die entsprechenden Erkenntnisse aus der jahrhundertelangen römischrechtlichen Erfahrung für das Verständnis und die methodische Handhabung des modernen Rechts unentbehrlich[38]. Die modernen Rechtsordnungen, wie man sie etwa in Österreich[39], in der Schweiz[40], in Deutschland[41] und in Italien[42] antrifft, lassen – anders als Anonymus – die Haftung des Schädigers nicht mehr vollständig entfallen. Vielmehr besteht die Möglichkeit, manchmal unmittelbar durch das Gesetz begründet, manchmal durch Lehre oder Rechtsprechung statuiert,

36 Eine abweichende Behandlung erfährt der Fall in den Institutionen, I. 4.3.4: *Itaque si quis, dum iaculis ludit vel exercitatur, transeuntem servum tuum traiecerit, distinguitur nam si id a milite quidem in campo eoque, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa eius intellegitur si alius tale quid admissit, culpae reus est. idem iuris est et de milite, si is in alio loco, quam qui exercitandis militibus destinatus est, id admisit,* in der auch zwischen Militär und Zivilisten unterschieden wird. Dazu s. Kunkel, Exegetische Studien, 174.

37 R. Zimmermann, Römisches Recht und europäische Kultur, in I. Fargnoli/S.Rebenich (Hrsg.), Das Vermächtnis der Römer. Römisches Recht und Europa, Bern 2012, 47ff. und für die reiche weitere Literatur zum Thema 79ff.

38 Zum Thema der Fruchtbarkeit der Erkenntnisse und Erfahrungen der romanistischen Wissenschaft s. auch besonders R. Knütel, Zu dieser Übersetzung, in O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler (Hrsg.), Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. 1. Institutionen, 2. Aufl., Tübingen 1997, 264; Idem, Römisches Recht und Europa, in: Revue Internationale des Droits de l'Antiquité, 41, 1994, 186ff. und Idem, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, in Zeitschrift für europäisches Privatrecht 2, 1994, 244ff.; Idem, Diritto romano e ius commune davanti a Corti dell'Unione europea, in: Ricerche dedicate al Prof. F. Gallo 3, Napoli 1997, 538ff. und neulich Idem, I compiti della romanistica del nostro tempo, in E. Stolfi (Hrsg.), Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo. Atti del convegno, Torino 2006, 141ff.

39 1304 ABGB: *Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismässig; und wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen.*

40 Art. 44 OR Abs. 1: *Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er einstehen muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden.*

41 § 254 Abs. 1 BGB: *Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist.*

42 Art. 1227 Codice civile: *... il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.*

das Quotenteilungsprinzip anzuwenden. Dieses Prinzip ist eine moderne dogmatische Kategorie, die sich erst im 18. Jahrhundert aus dem naturrechtlichen Gedanken Christian Wolffs[43], der sog. Kulpakompensation, entwickelt hat[44]. Aufgrund des Haftungsumfanges wird der Schaden aufgeteilt, manchmal verhältnismässig, manchmal zu gleichen Teilen.

Vom Barbierfall und von der vielfältigen Diskussion über dessen Lösung kann heute noch hergeleitet werden, dass die Lösung der Frage bezüglich des eigenen Verschuldens des Geschädigten in einer besonders pragmatischen Weise betrachtet werden soll. Wie wäre es z.B., wenn es dem Sklaven aus bestimmten Gründen, etwa weil es sich bei ihm um einen Blinden oder Fremden handelte, nicht möglich war, die Gefährlichkeit des Ortes zu erkennen[45]? In diesem Fall wäre die anonyme Lösung nicht gerecht und sicher nicht die beste. Die römischen Juristen distanzierten sich von jeglicher Art der Abstraktion und der Theorie. Auch heute sollte jeweils anhand der konkreten Umstände im Einzelfall entschieden werden, ob, und wenn ja, in welchem Umfang Ersatz zu leisten ist. Die Richterentscheidung soll stets vom konkreten Fall abhängig gemacht werden, denn erst mit Blick auf den Einzelfall kann beurteilt werden, ob und inwieweit der Täter auf Grund des eigenen Verschuldens des Geschädigten keiner oder nicht der ganzen Haftung unterliegen soll. Τὸ ἧττον ἄδικον, so sagt Hagioteodorita. Der Blick auf den Einzelfall sollte es auch heute ermöglichen, dass, wenn auch nicht die ideale, so doch mindestens die am wenigsten ungerecht erscheinende Lösung gefunden werden kann.

Gleichzeitig soll das moderne Recht neue Perspektiven anbieten, indem es auch erlaubt, einen tieferen Einblick in das römische Recht zu gewinnen[46]. Die Römer haben das Quotenteilungsprinzip nicht gekannt und nicht anwenden können. Klar ist, dass die anonyme Meinung betreffend den Barbierfall sowie die Lösung des Speerwerferfalles bei gegebener Fahrlässigkeit des Sklaven das Ausschlussprinzip vorsah. Demgegenüber stellt das Quotenteilungsprinzip sicherlich eine Fortentwicklung dar.

Auf Grund des heutigen Quotenteilungsprinzips kann man auf den Satz der Ulpianstelle *in quocumque eorum culpa sit* zurückkommen[47]. Daraus ist keine bestimmte Entscheidung herzuleiten. Mela spricht weder von einer Haftung des Ballwerfers noch vom Ausschluss der Haftung des Täters, sondern vielmehr von dessen Verschulden und von der Notwendigkeit, den Schaden aufgrund des Verschuldens zu tragen. Der Kausalitätsverlauf wird nicht erwähnt, weshalb die Frage nach dem Verursacher des

43 Ch. Wolff, Ius naturae methodo scientifica pertractatum, II, Halle 1742.

44 Dazu vor allem N. Jansen, § 254. Mitverantwortlichkeit des Geschädigten, in M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen 2003, § 254, 674ff., Rn. 22ff. S. auch K. Luig, Überwiegendes Mitverschulden, in Ius Commune 2, 1969, S. 232, insb. S. 235 und allgemeiner zu Wolffs Lehre, B. Winiger, Das rationale Pflichtenrecht Christian Wolffs. Bedeutung und Funktion der transzendentalen, logischen und moralischen Wahrheit im systematischen und theistischen Naturrecht Wolffs, Berlin 1992.

45 S. den Kommentar von Baldus de Ubaldis zur Stelle: ὅτε χωρὶς βλάβης οὐκ ἐνδέχεται γενέσθαι τι, τὸ ἧττον ἄδικον ἐπιλεγόμεθα.

46 E. Betti, Questioni di metodo. Appendice all'articolo „L'attuazione dei due rapporti causali attraverso un unico atto di tradizione", in BIDR 40, 1933, 271 = in G. Luraschi/G. Negri (Hrsg.), Questioni di metodo. Diritto romano e dogmatica odierna I, Como 1997, 105.

47 „Wie Fabius Mela … seinen Fall entschieden hat, wird leider nicht mitgeteilt", so Knütel, Zu den Gleichnissen, 355.

Todes irrelevant ist. Den Kern der Frage bildet die Tatsache, dass eine Mithaftung im Rahmen des römischen Formularprozesses schon allein dann denkbar ist, wenn man an die Haftung des Barbiers und des Ballspielers und nicht an jene des Sklaven denkt. Dem Herrn des Sklaven stand die Möglichkeit offen, eine Klage auf Schadenersatz sowohl gegen den Barbier als auch gegen den Ballspieler zu erheben. Beide sollten solidarisch haften. Hochproblematisch ist jedoch, das eventuelle Verschulden des Sklaven praktisch im Rahmen einer kumulativen Klagenkonkurrenz[48] zu berücksichtigen. Der Sklave ist nicht Täter, sondern Opfer. Der römische Richter durfte den Beklagten alternativ verurteilen oder freisprechen. Weitere Möglichkeiten ergaben sich aus der römischen Formel der *actio legis Aquilia*[49] nicht.

Zur Interpretation von Melas Satz muss man sich m.E. zwingend auch die Frage stellen, in welchem Verhältnis Melas und Proculus' Meinung zueinander stehen. Es wurde vertreten, Mela habe Proculus' Lösung nicht befürwortet[50] oder Proculus habe Mela korrigiert.[51] Sicher ist jedenfalls, dass sich die beiden nicht einig waren. Weiter ist m.E. fraglich, welche Zeitspanne die Aussagen der beiden trennt. Es ist plausibel, dass Mela ein Vorgänger Proculus' war, auch denkbar ist jedoch, dass sie Zeitgenossen waren. Über Mela sind uns leider nur wenige Informationen bekannt. Es wurde sogar behauptet, er habe vor dem Juristen Trebatius gelebt[52]. Die Tatsache aber, dass Mela

48 S. z.B. D. 9.2.11.2 (Ulp. 18 ad ed.), wo es um *plures* geht, die einen Sklaven tödlich schlagen und es nicht festzustellen ist, wer den letztendlich tödlichen Schlag geführt hat.

49 *Si paret Numerium Negidium illum servum iniuria occidisse, quam ob rem, quanti is servus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportet, tantam pecuniam duplam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito* (s. O. Lenel, Das edictum perpetuum, 3. Aufl., Leipzig 1927, 201 und auch D. Mantovani, Le formule del processo privato romano, Padua 1999, 2. ed., 64). Zur Frage s. Wollschläger, Eigenes Verschulden, 135, der betont, wie der römische Richter keine Möglichkeit hatte, eine Mitschuld des Verletzten mindernd zu berücksichtigen, und neulich D. Nörr, Zur Formel der actio legis Aquiliae, in H. Altmeppen/I. Reichard/M.J. Schermaier (Hrsg.), Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2009, 833ff.

50 Knütel, Zu den Gleichnissen, 356.

51 Dass Mela auch in anderen Rechtsgebieten bekannt ist als der Autor von originellen Lösungen, ergibt sich aus einer *furtum*-Stelle, D. 47.2.52.22 (Ulp. 37 ad ed.), dazu I. Fargnoli, Ricerche in tema di furtum. Qui sciens indebitum accipit, Mailand 2006, 138ff. Zu Fabius Mela s. S. Brasloff, v. Fabius nr. 117, in PW 12.1, 1909, c. 1830, der behauptet, dass Mela in der Zeit von Augustus und Tiberius literarisch tätig war. Vgl. D. 19.2.13.8 (Ulp. 32 ad ed.), der mit *Labeo et Mela* meinen könnte, dass Mela nach Labeo geschrieben habe: s. dazu F.P. Bremer, *Iurisprudentia antehadriana* II.1, Lipsiae 1898 (Neudruck Leipzig 1985), 288ff.; Brasloff, v. Fabius, c. 1830 und P. Huvelin, Études sur le furtum dans le très ancien droit romain. 1. Les sources, I-II, Lyon/Paris 1915 (Neudruck Rom 1968), 611.

52 B. Albanese, La nozione di furtum fino a Nerazio, in AUPA 23, 1953, 63ff., der mit einer detaillierten Untersuchung der Frage zu diesem Ergebnis kommt: vor allem meint er, dass die Erwähnung von Mela nach Labeo in D. 19.2.3.18 kein Beweis sei, da es in Ulpians Kommentar häufig vorkommt, dass Melas Meinung an einer Stelle und Labeos Meinung unmittelbar in der folgenden Stelle und mit der bestimmten Reihenfolge Labeo-Mela erwähnt wird: so in D. 9.2.27 und 35, D. 11.7.14.2. und 3, D. 19.1.17.6 und 7, D. 47.10.15.45 und 46, D. 47.10.17.2. Das ist aber m.E. kein überzeugendes Argument, da Ulpian in seinem Kommentar, wie andere Juristen in den eigenen Kommentaren, in den verschiedenen Stellen, die man auf Grund der Digesten rekonstruieren kann, nicht unbedingt die chronologische Folge der Juristen berücksichtigt.

die Meinung von Aquilus Gallus[53] und jene von Servius[54] wiedergibt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass Mela ein republikanischer Jurist war. In den Digesten wird Mela einmalig gemeinsam mit Labeo genannt, jedoch nach ihm erwähnt. Dies legt die Vermutung nahe, dass Mela nach Labeo geschrieben hat[55] und gleichzeitig Zeitgenosse Proculus' war, obwohl Proculus und Mela vielleicht derselben Schule angehörten[56]. Wäre dem so, könnten die zwei von Ulpian berichteten Meinungen einen lebhaften juristischen Streit des ersten Jahrhunderts n. Chr. über das Verschulden „des Geschädigten" begründet haben, in dem beide die jeweils andere Meinung gekannt haben. Mela hätte den Fall (einen theoretisch konstruierten Fall oder wahrscheinlicher einen Fall, der sich tatsächlich ereignet hat) geschildert (*Mela scribit*) und er hätte Proculus, seiner Ansicht entgegenstehend, die Möglichkeit aufgezeigt, dass alle drei, Werfer, Barbier und Sklave, schuldig sind. Ich meine also, dass Mela die Idee des Mitverschuldens begründet hat, obwohl dem eine Mithaftung auf Grund der römischen Formel nicht folgen konnte. Mela anerkannte ein überwiegendes Verschulden des Sklaven ebenso wenig wie einen Schuld-ausschliessungsgrund. Die weitere anonyme Lösung, die besagt, dass niemand aus der *lex Aquilia* haftet und deshalb das eigene Verschulden des Sklaven die Haftung des Barbiers ausschliesst, führt hingegen – wie Hagiotheodorita richtig betont – zu einer ungerechten Lösung.

Abstract

The case of a slave whose throat was cut by a barber when a ball was thrown against his hand was widely discussed in antiquity. Ulp. D. 9.2.11 pr. describes the case and suggests three possible solutions, considering the last to be the best. Ulpian asserted that the barber was not liable, because the slave should have realised that it was not appropriate to be shaved close to a place where people were playing ball. However, the Basilics (B. 60.3.11) and especially the scholium of Hagiotheodorita argued that denying the barber's liability was not an equitable solution, because both the barber and the player who kicked the ball could have been liable. According to Hagiotheodorita, a better solution would be to hold at least the barber responsible. The joint liability of more than one person ("Quotenteilungsprinzip"), which several European legal systems adopt today in similar cases, was not permissible in Roman formulary procedure. However, Mela's solution in Ulp. D. 9.2.11 pr. seems to tend in that direction.

53 D. 19.1.17.6 (Ulp. 32 ad ed.): *Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem.*

54 D. 33.9.3.10 (Ulp. 22 ad Sab.): *Servius apud Melam.*

55 D. 19.2.13.8 (Ulp. 32 ad ed.): *et ita Labeo et Mela scribunt.* Dazu als erster Bremer, Iurisprudentia, 288; s. auch vor allem W. Kunkel, Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen, Graz/Wien/Köln 1967, 116 und Brasloff, v. Fabius, c. 1830.

56 Vielleicht bestand damals der Gegensatz der Schulen der Sabinianer und Proculianer noch nicht, s. dazu C. Ferrini, Saggi intorno ad alcuni giureconsulti romani, in Opere di C. Ferrini II, 11ff.

IUSTITIA UND *IUSTUS* BEI DEN RÖMISCHEN JURISTEN

Thomas Finkenauer*

1. Einleitung

Eine sichere Unterscheidung zwischen *iustitia* und *aequitas* ist kaum möglich[1]. Während über diese schon häufig gehandelt worden ist, ist jener – von den die Digesten einleitenden Sätzen abgesehen – bisher wenig Aufmerksamkeit zuteil geworden[2]. Daß die Römer einen Unterschied zwischen der *iustitia* und der *aequitas* gemacht haben, ergibt sich schon aus dem Umstand, daß beide seit dem 1. Jhdt n Chr als (göttliche) Personifikation von Idealbegriffen auf Münzen geprägt wurden[3]. Jene wird auf Münzen dargestellt als Frau mit Zweig oder Opferschale und Zepter, diese als Frau mit Waage in der Rechten und entweder Stab, Palmzweig oder Füllhorn in der Linken[4]. Die *aequitas* verkörpert also stets die Waagerichtigkeit, die Entsprechung von Leistung und Gegenleistung, von Fehlverhalten und Sanktion[5]. Einer solch einfachen Zuordnung versperrt sich die *iustitia*. Es erscheint daher reizvoll, ihrer Anrufung durch die römischen Juristen nachzugehen, eine kleine Begriffssemantik zu entwickeln[6].

1 Th Kipp „Aequitas", in RE 1/1 (Stuttgart, 1893) Sp 598-605, 598; G Schiemann „Aequitas", in Der Neue Pauly I (Stuttgart, 1996) Sp 188; W Waldstein „Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen", in ANRW II/15 (Berlin/New York, 1976) 3-100, 100; G Falcone „Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia" (2007) 73 SDHI 353-387, 380ff.

2 S allerdings G Donatuti „Iustus, iuste, iustitia nel linguaggio dei giuristi classici" (1921) 33 Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia 375-437. Die Untersuchung aus der Hochzeit der Interpolationenjagd erklärt freilich zahlreiche Texte für überarbeitet und ist daher heute so gut wie wertlos.

3 Dazu H Lange „Die Wörter AEQUITAS und IUSTITIA auf römischen Münzen" (1932) 52 SZ 296-314, 297, 299.

4 Lange (Fn 3) 299, 301. Ebd 310ff zu ihrer möglichen programmatischen Bedeutung.

5 Schiemann (Fn 1) Sp 188.

6 Verwiesen sei auf meine ausführlichere Untersuchung „Die römischen Juristen und die Gerechtigkeit", in O Höffe (Hrsg) *Recht und Gerechtigkeit* (Tübingen, 2014), in der sich reichere Belege finden.

* Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Europäisches Privatrecht, Eberhard-Karls-Universität Tübingen.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 287-300

2. *Iustitia*

Auffällig ist zunächst, wie selten die römischen Juristen *iustitia* verwenden[7], nämlich dreimal in Ulpians Institutionen und *regulae* am Digestenanfang, zwei weitere Male bei Ulpian, zweimal bei Tryphonin und einmal bei Modestin. Es handelt sich also ausschließlich um spätklassische Belege. Dagegen findet sich die *aequitas* in denselben Quellen 102 Mal[8]. – Von vornherein dürfen wir angesichts der gemeinsamen Etymologie von *ius* und *iustitia*[9] mit einer materialen und einer formalen, auf die Rechtmäßigkeit abstellenden Bedeutung von *iustitia* rechnen[10].

2.1 Der materiale Begriff (Gerechtigkeit)

2.1.1 Die Leitsätze am Digestenanfang

Es war die Sache der römischen Juristen nicht, eine allgemeine Theorie der Gerechtigkeit aufzustellen[11]. Daher nimmt der Anfang der justinianischen Digesten eine Sonderstellung ein. Schon die Rubrik des ersten Titels des ersten Buchs der Digesten mit seinen zwölf Fragmenten, *de iustitia et iure*, verspricht allgemeine Ausführungen. Der Digestentitel eröffnet in D 1,1,1pr mit der dem Anfängerlehrbuch des Ulpian entnommenen berühmten Aussage, daß das Recht (*ius*) seinen Namen von der Gerechtigkeit (*iustitia*) ableite, weil nach der Definition des Celsus das Recht „die Kunst des Guten und Gerechten" (*bonum et aequum*) sei. Nach § 1 sind die Juristen Priester der Gerechtigkeit, indem sie das Wissen vom *bonum et aequum* lehren und damit die wahre Philosophie betreiben. In der „Definition" der Gerechtigkeit in fr 10pr setzt Ulpian[12] ihr den beständigen Willen gleich, jedem sein Recht zu gewähren. Das *suum cuique tribuere* ist nach fr 10,1 auch eines der drei *iuris praecepta*.

7 Übrigens gilt derselbe Befund auch für die Rhetoren, bei Quintilian taucht *iustitia* nur zweimal auf. Ausgewertet wurden mit der Datenbank Romtext: die Digesten, Institutionen des Gaius, Pauli sententiae, fragmenta Vaticana und Ulpiani epitome.

8 Das Bild wandelt sich etwas zu Gunsten der *iustitia* in den hier nicht betrachteten Kaiserkonstitutionen: *iustitia* kommt dort 26, *aequitas* freilich noch 55 Mal vor.

9 *Iustitia* leitet sich von *iustus*, dieses von *ius* ab, vgl *Thesaurus Linguae Latinae* VII, Pars Altera, intestabilis-lyxipyretos (Leipzig, 1956-1979) Sp 713, 718.

10 So auch HG Heumann/E Seckel *Heumanns Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*[9] (Jena, 1914) *s v iustitia* und *iustus*.

11 S bereits M Voigt *Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer* I (Leipzig, 1856) 464; M Kaser *Das Römische Privatrecht* I[2] (München, 1971) 194; D Nörr *Rechtskritik in der römischen Antike* (München, 1974) 121; PA Vander Waerdt „Philosophical Influence on Roman Jurisprudence?", in ANRW II. 36.7 (Berlin/New York, 1994) 4851-4900, 4894; Th Mayer-Maly „Vom Rechtsbegriff der Römer" (1958/9) 9 Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht, 151-173, 155, 161, 166.

12 Die Echtheit seiner *regulae* ist umstritten; viel spricht jedoch für sie (F Wieacker *Römische Rechtsgeschichte* I (München, 1988) 510 in Fn 44; R Knütel „Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers", in J-F Gerkens u a (Hrsg) *Mélanges Fritz Sturm* I (Lüttich, 1999) 239-265, 250; anderer Ansicht aus stilistischen Gründen T Honoré *Ulpian*[2] (New York, 2002) 111 (dagegen aber treffend L Winkel „Die stoische οἰκείωϛ-Lehre und Ulpians Definition der Gerechtigkeit" (1988) 105 SZ 669-679, 670: der statistische Mittelwert der Wortfrequenz als neues Ideal).

Vielfach wurde den Einflüssen der griechisch-römischen Philosophie auf diese Sätze nachgespürt. Gerade unser Jubilar ist ein großer Kenner der Materie und hat uns eindringliche Studien zum Thema vorgelegt[13]. Zu Recht hat er vor einer bloßen Aufzählung von philosophischen Paralleltexten gewarnt und nach den „Zwischenquellen" und dem Bildungshintergrund der römischen Juristen gefragt[14]. Ich neige dazu, die lakonischen Sätze am Digestenanfang, soweit sie nicht wie die *aequitas* genuine Erfindung der Römer sind[15], dem damals allgemeinen (und philosophisch wenig ausdifferenzierten) Bildungsgut zuzurechnen, das ein Jurist in der hohen und späten Klassik haben konnte. Die Sätze haben sowohl in Ulpians Einführungswerk als auch in Justinians Kodifikation programmatischen und selbstversichernden Charakter. Weil sie keine konkreten Maßstäbe für die Fallentscheidung vorgeben, kommen die Juristen naturgemäß so gut wie nie auf sie zurück.

2.1.2 Ein Verwahrungsfall

Tryphonin behandelt in D 16,3,31,1 ein bis heute umstrittenes[16] Dreipersonenverhältnis: Ein Dieb hat eine gestohlene Sache in Verwahrung gegeben; der gutgläubige Verwahrer wird mit einer Herausgabeklage seitens des Eigentümers belangt[17]. Wem muß er die Sache herausgeben, dem Dieb oder dem Eigentümer?

Nach Vertragsrecht hat auch der Dieb Anspruch auf Herausgabe; denn die *bona fides* bindet die beiden Vertragsparteien, und auf das Eigentum des Hinterlegers kommt es dabei nicht an[18]. Jedoch wirft Tryphonin die Frage auf, ob die *bona fides* nicht auch zur Berücksichtigung außervertraglicher Umstände und von Drittinteressen zwingt, und beantwortet sie im folgenden positiv: Die *totius rei aequitas* erfordere es, alle betroffenen Personen zu berücksichtigen, auch den Eigentümer; dieser dürfe daher die Rückgabe verlangen[19]. Nur wenn der Eigentümer nicht an den Verwahrer herantritt, hat dieser die Sache dem Dieb herauszugeben. Der Jurist nennt als Argument die *iustitia, quae suum cuique ita tribuit*, *ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione* – übrigens das einzige Mal, dass das *suum cuique* als Argument in den Digesten angeführt wird.

13 Ich nenne hier neben der Studie in Fn 12 vor allem die Dissertation *Error iuris nocet* I (Zutphen 1985), *passim* und die Abhandlung „Le droit romain et la philosophie grecque, quelques problèmes de méthode" (1997) 65 TR 373-384.

14 Winkel (Fn 12) 678.

15 Dazu auch P Pinna Parpaglia *Aequitas in libera republica* (Milano, 1973) 288f.

16 S einerseits H Wieling *Sachenrecht* I² (Heidelberg, 2006) 553f; andererseits Knütel (Fn 12) 260ff.

17 Streitig ist die vom Eigentümer angestellte Klage. Die einen plädieren wegen PS 2,12,8 und C 3,42,8 (293) zur Unterverwahrung und zum drittbegünstigenden *pactum* für die *actio depositi utilis* (O Behrends „Überlegungen zum Vertrag zugunsten Dritter im römischen Privatrecht", in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo* V (Milano, 1984) 1-58, 50f), die anderen für die *rei vindicatio* (Knütel (Fn 12) 256f). Überzeugend ist allein die Vindikation: Der dritte Eigentümer hat hier keinerlei Verbindung zu dem Verwahrungsgeschäft, wie es die genannten Stellen voraussetzen. Daß Tryphonin die *bona fides* anführt, spricht nicht gegen die Vindikation, weil es ihm um die Auslegung des Verwahrungsvertrags geht.

18 Ulpian D 5,1,64pr.

19 *… si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur …*

Spricht der Jurist also zunächst von der *aequitas*, stellt er anschließend entscheidend auf die *iustitia* ab, die jedem das Seine zuteilt[20]. Warum diese Wortwahl?

Würde der Verwahrer die Sache an den Dieb zurückgeben, müßte dieser sie dem Eigentümer herausgeben. Der Dieb kann sein Haftungsinteresse im Regelfall mit der Verwahrungsklage gegen den Verwahrer geltend machen[21]. Erhält jedoch der Eigentümer seine Sache direkt vom Verwahrer zurück, entfällt das Haftungsinteresse des Diebes, und es gibt keinen Grund, ihm die Sache zurückzugeben. Da der Eigentümer eine Herausgabeklage gegen den Verwahrer erhoben hat, wird diesem im Zwischenbescheid die Restitution aufgegeben. Strengt anschließend der Dieb gegen den Verwahrer die *actio depositi* an, ist dieser wegen der extensiven, auch den dritten Eigentümer berücksichtigenden Auslegung der *bona fides* von jeder Rückgabeverpflichtung und damit Haftung frei.

Tryphonin bemüht die *iustitia*, die jedem das Seine zuteilt. Ob das Zitat des *suum cuique* sich bewußt an D 1,1,10pr anlehnt[22], ist angesichts der damals allgemeinen Anerkennung dieses *praeceptum iuris*[23] gleichgültig. Entscheidend dagegen ist, daß der Jurist mit der *iustior repetitio* eine Rangfolge zwischen den beiden Rückgabeverlangen von Hinterleger und Eigentümer aufstellt[24]: Zwar ist die Vertragstreue ein hoher Wert, aber ein schützenswertes Interesse daran, an die Sache zu gelangen, hat der Dieb mangels Haftungsinteresses nicht. Dagegen steht das Vindikationsinteresse des bestohlenen Eigentümers. Die aus Sicht des Eigentümers bestehende Zufälligkeit des Verwahrungsvertrags soll nicht zu einer Vertiefung seiner Rechtskränkung führen; denn würde zunächst der vertragliche Rückgabeanspruch erfüllt, wäre die Sache wieder in den wenig vertrauenswürdigen Händen des Diebes. Die Rückgabeklage des Diebes ist – bezogen auf den Verwahrungsvertrag – „gerecht", bezogen auf sein Verhältnis zum Eigentümer ist nur dieser schutzwürdig, dessen Rückforderungsanspruch daher „gerechter".

Die Begründung des Juristen ist bemerkenswert: Die von ihm angeführte *totius rei aequitas* ist eine Gerechtigkeit, die alle drei Personen in die Betrachtung einbezieht, also das Vertragsinternum überwindet. Dieser Gerechtigkeitsbegriff im Sinne einer Gesamtbetrachtung steht in einem offenbaren Gegensatz zur üblicherweise gebrauchten *aequitas* als Fallgerechtigkeit oder „Waagerichtigkeit" in einem Zweipersonenverhältnis. Mit der *aequitas* in einem weiteren Sinne setzt Tryphonin die *iustitia* gleich, indem er wegen des Rangverhältnisses zwischen Dieb und Eigentümer die Klage des Diebes gegen den Verwahrer mittels Auslegung der *bona fides* abschneidet. Argumentativ dient ihm die Berufung auf die *iustitia* oder *totius rei aequitas* also dazu, das Vertragsverhältnis im Lichte eines anderen Rechtsverhältnisses zu einem Dritten zu interpretieren. Die

20 Zur Echtheit des Fragments W Litewski „Die Personen des römischen Verwahrungsverhältnisses" (2000) 47 RIDA 235-349, 326ff; M Kaser *Ius gentium* (Köln u a, 1993) 125; Knütel (Fn 12) 250.

21 Marcellus/Ulpian D 16,3,1,39.

22 So Knütel (Fn 12) 254.

23 Vander Waerdt (Fn 11) 4892.

24 Zur hier zugrunde gelegten Lesart dieses Textteils Accursius, gl *Ut non distrahatur*; Knütel (Fn 12) 251f, 254.

aequitas im engeren Sinne hätte dies nicht vermocht, zielt sie doch bei der Auslegung der *bona fides* auf die Austauschgerechtigkeit im konkreten Vertrag.

2.1.3 Anklage wegen Ehebruchs

In seinem Kommentar zur *lex Iulia de adulteriis coercendis* von 18 oder 16 v Chr[25] erklärt Ulpian, die Ehebrecherin müsse, nachdem der Ehebrecher in einem ersten Prozeß verurteilt worden sei, *causam suam agere*, und habe womöglich die Chance, *vel gratia vel iustitia vel legis auxilio* zu obsiegen[26]. Denn der erste Prozeß könne wegen bestochener Zeugen oder falscher Beweismittel zu einer Verurteilung des Mannes geführt haben, während der zweite Prozeß gegen die Frau vor einem *iudex religiosus*, einem gewissenhaften Richter[27], geführt werde.

Der Text ist ohne weiteres klassisch[28], der *iudex* ist entweder der Richter im Kognitionsverfahren[29] oder der Vorsitzende der womöglich noch zu dieser Zeit bestehenden *quaestio*[30]. *Gratia* verteidigt die Frau ihre *pudicitia* durch (senatorische oder kaiserliche) Begnadigung[31]. Das *auxilium legis* kann etwa im Ablauf der Fünfjahresfrist bestehen, nach der eine Anklage nicht mehr möglich ist[32], in einer anschließenden Verzeihung durch den Ehemann[33] oder in einem sittlichen Vergehen an der Frau[34]. Es kann ihr auch das notwendige Bewußtsein vom begangenen Unrecht fehlen, etwa wenn sie irrig von einer Auflösung ihrer Ehe ausging, weil sie ihren abwesenden Mann für tot hielt. Papinian beschreibt dieses Problem als *quaestio iuris et facti*[35]: Es sei zu unterscheiden, ob die Frau sich erst längere Zeit nach dem vermeintlichen Tod des Ehemannes mit einem anderen eingelassen habe oder ob der vermeintliche Tod nur ein willkommenes Argument für den Ehebruch gewesen sei. Ein gewissenhafter Richter muß in einem solchen Fall neben der bloßen Anwendung des Gesetzes daher auch die *iustitia* bedenken – also Augenmaß haben und Einzelfallgerechtigkeit üben, indem er in einer Gesamtbetrachtung alle relevanten Umstände des Falles gegeneinander abwägt.

25 G Rizzelli *Lex Iulia de adulteriis* (Lecce, 1997) 10.

26 Ulpian D 48,5,18,6.

27 Heumann/Seckel (Fn 10) *s v religiosus* 503.

28 Anders G v Beseler *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* III (Tübingen, 1913) 90; Kaser I (Fn 11) 194 in Fn 1; Wieacker (Fn 12) 510 in Fn 44.

29 So für die Severerzeit P Garnsey „Adultery Trials and the Survival of the Quaestiones in the Severan Age“ (1967) 57 The Journal of Roman Studies 56-60, 60.

30 Th Mommsen *Römisches Strafrecht* (Leipzig, 1899) 696; W Kunkel „quaestio 1)“, in RE 24 (Stuttgart, 1963) Sp 720-786, 778f; zum *iudex*: W Kunkel „Prinzipien des römischen Strafverfahrens“ in ders. *Kleine Schriften* (Weimar, 1974) 11-31, 13.

31 Dazu ausführlich Finkenauer (Fn 6).

32 So J Cuiacius *Opera omnia in decem tomos distributa* IX (Neapel, 1758) Sp 1410 E.

33 Ulpian D 48,5,2,3; eod 14,9.10.

34 Ulpian D 48,5,14,7.

35 Papinian D 48,5,12,12.

2.2 Der formale Begriff (Rechtmäßigkeit): Zweck der *in integrum restitutio*

Das Vorliegen eines Wiedereinsetzungsgrundes wurde in einer Voruntersuchung geprüft[36]. Anerkannt waren nach Ulpian D 4,6,1,1 *in fine* nur gesetzliche Restitutionsgründe[37]; ähnlich drückt sich Modestin D 4,1,3 aus, wenn er auf die Rechtmäßigkeit der Gründe abstellt[38]. Nur für die Zeit vor der endgültigen Redaktion des prätorischen Edikts ist an eine *causa iusta* im Sinne eines „berechtigten" Grundes zu denken, wenn nämlich der Prätor nach seiner Voruntersuchung eine Schutzlücke feststellte und einen neuen Restitutionsgrund überhaupt erst anerkannte[39].

2.3 *Iustitia et ius*

Zweimal ist uns bereits die auch heute noch verbreitete Paarformel von „Recht und Gerechtigkeit" begegnet, im ersten Digestentitel als Rubrik[40] und soeben in D 48,5,18,6. Während in diesem Text die Gerechtigkeit neben dem Recht durchaus eigenständige Funktion hat, läßt sich dies von D 47,10,1pr. nicht sagen. Darin kommt Ulpian bei einer Bestimmung der *iniuria* auf ein unrichtiges, weil unbilliges oder unrechtmäßiges Urteil zu sprechen, das deshalb eine *iniuria* ist, weil ihm *ius et iustitia* fehlen[41]. Ebenso wie in D 48,5,18,6 könnte man auch hier der *iustitia* eigenständige Bedeutung im Sinne von Einzelfallgerechtigkeit beimessen wollen. Mehr spricht jedoch dafür, daß Ulpian bei seiner „spielenden Worterklärung"[42] Recht und Gerechtigkeit in eins setzt. Der Idee nach waren Recht und Gerechtigkeit für die römischen Juristen ursprünglich ohnehin identisch, weil das Recht göttlichen Ursprungs ist[43]. Die Identität zeigt sich auch in D 1,1,10, wo das *suum cuique tribuere* einerseits Ziel der *iustitia* ist, andererseits aber auch eines der *praecepta iuris*[44].

3. *Iustus* und seine Ableitungen

3.1 Bedeutungsspektrum

Iustus und *iniustus* haben zunächst, im Unterschied zu *aequus* und *iniquus,* einen viel stärkeren Bezug zum *ius*. Dementsprechend häufig kommt es in Bedeutungen vor, die

36 Vgl die Darstellung bei M Kaser/K Hackl *Das römische Zivilprozeßrecht*[2] (München, 1996) 421ff.

37 *… si qua alia mihi iusta causa esse videbitur, in integrum restituam, quod eius per leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum licebit.*

38 *… scilicet ut iustitiam earum causarum examinet …*

39 S etwa Kaser I (Fn 11) 244 zu *metus*.

40 Dazu F Gallo „Diritto e giustizia nel titolo primo del digesto" (1988) 54 SDHI 1-36, 3.

41 *… interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam …*

42 Wieacker (Fn 12) 510 in Fn 44.

43 Donatuti (Fn 2) 382; B Biondi „Diritto e giustizia nel pensiero romano" (1958) 9 Jus 289-314, 289; A Burdese „Sul concetto di giustizia nel diritto romano" (1970-1973) 14-17 Annali di Storia del diritto, 103-119, 106, 108.

44 U v Lübtow „De iustitia et iure" (1948) 66 SZ 458-565, 517.

mit „Gerechtigkeit“ nichts zu tun haben[45], so zunächst in der Bedeutung „rechtmäßig“ im Sinne von *legitimus*[46], „gesetzmäßig“[47], „rechtsgültig“ bzw „wirksam“[48]. Eine weitere Bedeutungsebene ist mit „gerechtfertigt“, „berechtigt“ im Sinne eines rechtfertigenden Grundes erreicht[49]. *Iustus* kann auch „angemessen“ im Sinne eines von der Rechtsordnung anerkannten Maßes bedeuten[50]. Hier überschneidet sich *iustus* bereits mit *aequus*. Dies gilt auch, wenn *iustus* „gerecht“ bedeutet, etwa zum Lob eines Edikts, der Arbeit eines Magistrats oder einer Rechtsauffassung (häufig der eigenen).

3.2 Gesetz und Rechtsprechung

3.2.1 Iusta lex

Pomponius beschreibt die Aufgabe des Prätors, die zivilen Klagen zu ergänzen, und führt hierfür in D 19,5,11 *actiones in factum* an. Danach dürfen nur solche Klagen – wie die *actio legis Aquiliae* – als Muster dienen, die „gerecht und notwendig“ sind. Das Kolon *si lex iusta ac necessaria sit* bezieht sich nicht nur auf die anschließend erwähnte *lex Aquilia*[51]. Pomponius formuliert nämlich in allgemeiner Weise und erwähnt sodann nur ein (praktisch sehr wichtiges) Beispiel. Es ist auch plausibel, daß der Prätor ein unterdessen überflüssiges Gesetz oder eines, das nicht mehr der allgemeinen Gerechtigkeitsüberzeugung entspricht, nicht auch noch ausdehnend auslegt. Folglich war für die römischen Juristen ein Unterschied zwischen Recht und Gerechtigkeit ausnahmsweise durchaus denkbar.

3.2.2 Iudex iustus

Jemand bestattet einen Toten entgegen dem ausdrücklichen Verbot des Erben, vielleicht als Sohn aus Pietät oder sogar in Ausführung einer von dem Toten gegebenen Weisung. Soll er Aufwendungsersatz verlangen können? Ulpian bejaht dies in D 11,7,14,13: *et generaliter puto iudicem iustum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget.*

Die Klage auf Ersatz der Aufwendungen gegen den Erben konnte nicht auf ein Mandat gestützt werden; denn der Auftrag, ein Geschäft nach dem Tod des Auftraggebers zu erledigen, war wegen der Regel *ab heredis persona obligatio non incipere potest* unwirksam[52]. In Betracht kam aber die *actio negotiorum gestorum contraria*[53]. Sie setzt

45 S nur Heumann/Seckel (Fn 10) *s v iustus*, 302f. Ausführlich Finkenauer (Fn 6) mit zahlreichen Belegen.

46 Das gilt für Ehe und Familie, Sklaverei und Freilassung.

47 Hier sei nur an die *iusta causa*, den *iustus titulus*, aber auch *iustus tutor* oder *iusta appellatio* erinnert.

48 So etwa bei *pacta*, Testamenten, Schenkungen oder Leistungen.

49 Das wird von Beweggründen (Irrtum, Haß, Reue etc) oder auch der Abwesenheit gesagt.

50 So bei Aufwendungen, der Zeit oder einem Schätzwert; s auch noch sogleich 3.3.4.

51 So aber M Kaser „‚Ius honorarium‘ und ‚ius civile‘“ (1984) 101 SZ, 101 in Fn 460.

52 Gai 3,158; dazu Th Finkenauer *Vererblichkeit und Drittwirkungen der Stipulation im klassischen römischen Recht* (Tübingen, 2010) 16ff, 316ff.

53 Kaser I (Fn 11) 588f.

voraus, daß das Geschäft nicht gegen den Willen des Geschäftsherrn geführt wurde. Der Aufwendungsersatzausschluß *prohibente domino* war womöglich streitig, weil uns Justinian in C 2,18,24 pr-1 (530) von einer Debatte darüber berichtet[54]. Vier Texte belegen indessen, daß mit Labeo, Julian, Pomponius, Papinian, Ulpian und Paulus führende Juristen ihrer Zeit bei einem Verbot des Geschäftsherrn die Aufwendungsersatzklage ablehnten[55]. Deshalb mußte die Geschäftsführungsklage ausscheiden, und es verblieb die subsidiäre *in aequum* konzipierte *actio funeraria*[56].

Die *aequitas* war deshalb Klagevoraussetzung, weil der Richter die verschiedensten Umstände zu prüfen hatte. Gerade weil bei römischen Bestattungen enorme Prachtliebe und Verschwendung nicht selten waren[57], ist Ulpians Kommentar verständlich, daß der Aufwand *pro facultatibus vel dignitate defuncti* zu bemessen sei und die Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müßten[58]. Der Richter durfte also einen angesichts der Vermögensverhältnisse des Verstorbenen unangemessen hohen Aufwand nicht berücksichtigen, selbst wenn dieser dem Willen des Verstorbenen entsprochen hatte[59]. Ausgeschlossen war die Klage zudem nach einem Reskript Caracallas, wenn die Bestattung aus Pietät erfolgt war[60]. Nach Ulpians Auffassung konnte dieser Klagenausschluß jedoch nicht schlechthin gelten. Denn daß man einen Toten ohne jede Anteilnahme beerdige, sei auszuschließen[61]. Entscheidend sei daher, daß der Bestatter später seinen *animus* beweisen könne, also vor Zeugen erklärt habe (*testatio*), welche Zwecke er mit der Bestattung verfolge – ob nur aus Pietät oder eben auch, um die Kosten (womöglich auch nur teilweise) wiederzuerlangen[62]. Folglich hatte der Richter die *aequitas* in doppelter

54 F Schulz „Nachklassische Quaestionen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus“ (1930) 50 SZ 212-248, 238ff (nachklassische Debatte); anders H-H Seiler *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht* (Köln, 1968) 90ff unter Hinweis auf Ulpian D 3,5,7,3 und Paulus D 17,1,40. Zu beachten ist, daß die historischen Nachrichten bei Justinian nicht immer richtig sind, vgl nur K-H Schindler *Justinians Haltung zur Klassik* (Köln, 1966) 53ff.

55 Ulpian D 3,5,7,3; Papinian D 3,5,30,4; Paulus D 17,1,40; Ulpian-Labeo D 11,7,14,1 – D 11,7,14,13 ist dafür in seinem ersten Teil bis *funerariam* deshalb beweiskräftig, weil Labeo dort die *actio funeraria prohibente herede* gewährt, in § 12 diese Klage aber für subsidiär gegenüber der Geschäftsführungsklage erklärt. Aus Paulus D 14,3,17,4 ergibt sich jedenfalls keine Gegenmeinung des Proculus, s Seiler (Fn 54) 90.

56 Zur Subsidiarität gegenüber der Erbteilungsklage D 11,7,14,12, zur Subsidiarität gegenüber dem Mandat § 15; zur Formel O Lenel *Das Edictum perpetuum*[3] (Leipzig, 1927) 231. Die tatbestandliche Voraussetzung der *aequitas* hat FC v Savigny *System des heutigen Römischen Rechts* II (Berlin, 1840) 95f wegen D 11,7,12,2 geleugnet. Dieser Text behandelt aber nur die Rechtsschutzverheißung; entscheidend ist D 11,7,14,6 (… *ex bono et aequo oritur … aequum autem accipitur* …); richtig Lenel aaO 230.

57 L Friedländer/G Wissowa *Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms* II[10] (Leipzig, 1922) 360-369; J Marquardt *Das Privatleben der Römer* I[2] (Leipzig, 1886) 345.

58 Ulpian D 11,7,12,5; s auch Ulpian D 11,7,14,6.

59 Ulpian D 11,7,14,6: … *ultra modum sine ratio consumitur … si res egrediatur iustam sumptus rationem …* .

60 D 11,7,14,7.13; Lenel *Edictum* (Fn 56) 230.

61 D 11,7,14,7.

62 Dazu FM Silla „Il rimborso delle spese funerarie in caso di prohibitio heredis Ulp 25 ad edictum D 11.7.14.13“, in D Mantovani/A Schiavone (Hrsgg.) *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (Pavia, 2007) 645-674, 661ff.

Weise, in Bezug auf Grund und Umfang der Klage, zu prüfen: zunächst, ob überhaupt Bestattungskosten eingeklagt werden konnten oder ein Ausschlußgrund vorlag; sodann, ob der betriebene Aufwand selbst angemessen war.

Wenn der Bestattende vom Verstorbenen geheißen wurde, appelliert Ulpian an den *iudex iustus*, als Ausdruck ein Hapaxlegomenon. Der Richter darf sich nicht nach dem Vorbild der *actio negotiorum gestorum* richten, sondern muß der *aequitas* „in freierer Rechtsfindung" (*solutius*) folgen[63]. Verbietet der Geschäftsherr die Geschäftsführung, gäbe es, wie gesehen, nach dem Vorbild der *actio negotiorum gestorum* keinen Aufwendungsersatz. Die Parallelen zwischen dieser Klage und der *actio funeraria* sind augenfällig: Beide Klagen setzen ein fremdes Geschäft voraus, beide auch einen Fremdgeschäftsführungswillen. Ulpian selbst weist auf diese Parallele mit *meram negotiorum gestorum actionem imitari* hin. Der Richter soll sich bei der Bestimmung des *aequum* aber gerade nicht leiten lassen von dem (zu einem abschlägigen Ergebnis führenden) Geschäftsführungsrecht.

Ist der Erbe aber überhaupt der Geschäftsherr? Ausdrücklich sagt Ulpian in D 11,7,1, daß der Bestattende kein *contractum* mit dem Erben, sondern mit dem Verstorbenen eingehe. Mit *contractum* ist in der Rechtssprache nicht nur ein Vertrag gemeint, sondern jeder erlaubte haftungsbegründende Vorgang, was das *negotium gestum* einschließt[64]. Man kann also mit guten Gründen den Verstorbenen als den Geschäftsherrn ansehen, weshalb das Verbot des Erben wirkungslos wäre. Bedenkt man darüber hinaus, daß der Verstorbene den Bestattenden und damit auch – im Rahmen seiner Möglichkeiten – den zu betreibenden Aufwand bestimmen kann[65], zeigt sich deutlich, daß der Richter die Interessen von drei Personen gegeneinander abwägen muß. Denn womöglich hat der Erbe die Bestattung durch den Bestattenden nur verboten, weil ihm die Weisungen des Verstorbenen hinsichtlich des Bestattungsaufwands als unangemessen erscheinen durften. Der Erbe ist hier nicht etwa als Nachfolger des Verstorbenen in jedem Fall an dessen Entscheidungen gebunden, sondern kann womöglich eigene schutzwürdige Interessen haben. Der „gerechte" Richter wägt also alle beteiligten Interessen ab, nicht nur diejenigen zwischen den beiden Prozeßparteien, und folgt in einer Gesamtbetrachtung aller Umstände der *aequitas* in einem weiteren Sinne.

3.2.3 Benignior interpretatio

Bekanntlich folgte Mark Aurel in einem komplizierten erbrechtlichen Fall einer *benignior interpretatio*: *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius*[66]. Worin bestand der Zweifel? Ein Erblasser hatte zwar die Namen der Erben ausgestrichen, nicht aber ihre Einsetzung als Legatare. Hatte der Erblasser mit der Tilgung der Erbeinsetzung, des *caput et fundamentum testamenti*, das gesamte

63 Die Interpolationsvermutungen bei G v Beseler *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I (Tübingen, 1910) 65 und Schindler (Fn 54) 128 entbehren einer Grundlage.

64 Kaser I (Fn 11) 523 mit Fn 9.

65 Ulpian D 11,7,12,4.

66 Marcellus D 28,4,3pr; D 50,17,192,1; dazu Th Finkenauer *Die Rechtsetzung Mark Aurels zur Sklaverei* (Stuttgart, 2010) 17ff.

Testament unwirksam machen wollen oder nur die ausgestrichenen Erbeinsetzungen? Im Interessengeflecht von kaiserlichem Fiskus (dem der kaduke Nachlaß anfiel), den Legataren, den freigelassenen Sklaven und den schützenswerten Interessen des Erblassers entscheidet der Kaiser zugunsten einer wohlwollenden Auslegung, die nur als gestrichen behandelt, was tatsächlich ausgestrichen worden war. Das entspricht auch dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, weil er ohne weiteres die gesamte Urkunde hätte zerstören können, wenn sich sein Eliminierungswille auf alle Verfügungen bezogen hätte.

3.3 Schaffung neuer Klagemöglichkeiten

3.3.1 Klagenabtretung

Die Gesamtobligation entwickelt sich in Rom erst allmählich. Ein wesentlicher Schritt in dieser Entwicklung lag in der Möglichkeit des Gläubigers, einen der Mitschuldner auf das Ganze in Anspruch zu nehmen, wenn er dazu bereit war, dem in Anspruch Genommenen seine Klagen gegen die übrigen Mitschuldner abzutreten. Nach Marcellus D 19,2,47 ist es „gerechter", dem Gläubiger diese Wahlmöglichkeit zu geben, als ihn allein auf die jeweils anteilige Klage gegen die solventen Mitschuldner zu verweisen[67]. Hier wird mit einer (freiwilligen) Klageabtretung das Dreiecksverhältnis zwischen Gläubiger und in Anspruch genommenem Schuldner und seinen Mitschuldnern in interessengerechter Weise aufgelöst.

3.3.2 Restitution einer Klage

Ebenfalls ein Dreipersonenverhältnis behandelt Julian: Veräußert ein Minderjähriger ein Grundstück an Titius, sodann dieser es an Seius und erreicht der Minderjährige eine *restitutio in integrum*, so wirkt diese nicht nur gegen Titius, sondern auch gegen Seius. Seius verfolgt nach D 21,2,39pr eine *iusta res*, wenn er die Wiederherstellung der Rechtsmängelhaftung des Titius verlangt[68]. In diesem Text wird die *iusta res* mit der *aequitas* (in einem weiteren Sinn) identifiziert.

3.3.3 Ausdehnung einer bestehenden Klage

Jemand überredet einen Sklaven zur Flucht, der dabei Sachen des Eigentümers mit sich fortnimmt. Der Anstifter haftet neben dem Ersatz für die Entwertung des Sklaven nach Paulus D 11,3,10 mit der *actio servi corrupti* auch auf das Doppelte des Sachwerts[69]. Die

67 Dazu Ph Schmieder *Duo rei* (Berlin, 2007) 192ff; A Steiner *Die römischen Solidarobligationen* (München, 2009) 264f; Th Finkenauer „*Duo rei* – Neues von der Gesamtobligation?" (2013) 130 SZ, 164-202, 193f.

68 Zumeist wird die im Text gegebene *stipulatio de evictione utilis* als *actio auctoritatis* gelesen, s nur zuletzt R Brägger *Actio auctoritatis* (Berlin, 2012) 201ff.

69 Zum Doppelten Ulpian D 11,3,1pr. – Nicht haftet jedoch mit der *actio servi corrupti* der Dritte, wie B Bonfiglio *Corruptio servi* (Milano, 1998) 135 meint.

Einbeziehung der *res amotae* in die Korruptionsklage wurde häufig verdächtigt[70], jedoch ohne überzeugenden Grund; denn Paulus bezieht alle Vermögensschäden in die Klage ein (D 11,3,14,6.7). Wenn der Sklaveneigentümer nach § 6 auch sein Haftungsinteresse wegen eines Diebstahls fremder Sachen geltend machen darf, muß das erst recht gelten, wenn der angestiftete Sklave die eigenen Sachen des Eigentümers mitnimmt.

Der Jurist verfolgt das Ziel, den bestohlenen Eigentümer umfassend zu privilegieren: Er braucht keine Klage – *rei vindicatio* oder unter Umständen auch die *actio furti*[71] – gegen den Besitzer seiner Sachen zu erheben, was für ihn vor allem dann wichtig ist, wenn er deren Aufenthaltsort nicht kennt[72]. In aller Regel wird ihm der Anstifter des Sklaven dagegen eher bekannt sein. Auch den Untergang seiner Sachen braucht er nicht zu befürchten. Erneut haben wir es mit einer Klagenkonkurrenz und einem Dreipersonenverhältnis zwischen Eigentümer, Anstifter und Drittem zu tun. Paulus gelangt zu dem einzig interessengerechten Ergebnis, den Urheber des Delikts den gesamten Schaden tragen zu lassen, statt den Eigentümer auf eine umständliche und womöglich ergebnislose Suche nach den gestohlenen Sachen zu verweisen. Die Schwierigkeiten einer Klage gegen den Besitzer berücksichtigt er von vornherein im Rahmen der Korruptionsklage gegen den Anstifter, und zwar durch extensive Auslegung des *quanti ea res erit* der Klage.

3.3.4 Der wahre Preis oder Wert einer Sache

Die Suche nach dem „gerechten" Preis ist ein juristisches Ewigkeitsproblem. Verkäufer und Käufer haben in dieser Frage naturgemäß entgegengesetzte Interessen, und die römischen Juristen sind sich darin einig, daß jede Vertragspartei ihren eigenen Vorteil suchen konnte, ohne einer etwaigen Aufklärungspflicht zu unterliegen, wenn nur keine Arglist im Spiel war[73]. Der Grammatiker Festus bringt dies im 2. Jhdt n Chr auf die Formel, dass langsames Köcheln (bei den Verhandlungen) schließlich zu einem „gerechten" Preis führe[74]. In diesem Sinne eines privatautonom gefundenen Preises, der deshalb auch gerecht ist, wird *iustum pretium* von den römischen Juristen jedoch nicht benutzt. Für sie bedeutet *iustum pretium* in aller Regel einen Marktpreis, der von außen,

70 M Kaser *Quanti ea res est* (München, 1935) 184 in Fn 8; B Albanese „Actio servi corrupti" (1959) 27 AUPA 5-52, 88; Bonfiglio (Fn 69) 135. Ein Gegensatz zwischen Paulus und Ulpian (D 11,3,9,3) besteht entgegen Bonfiglio 129 in Wirklichkeit nicht: Ulpian referiert dort nur die ältere restriktive Auffassung des Neraz (nur Ersatz für den Sklaven), ohne sie zu teilen. Die Übereinstimmung mit Neraz in Ulpian D 11,3,11pr bezieht sich nur auf Diebstähle, die nach, nicht vor der Flucht geschehen. Ihnen fehlt in der Tat der Zusammenhang zur Sklavenkorrumpierung.

71 Ulpian D 47,2,48,1; C 6,2,14 (293).

72 Bas 60,6,10 Sch 1 (CWE Heimbach (Hrsg) *Basilicorum libri LX*, V (Leipzig, 1850) 386).

73 Paulus D 19,2,22,3; Ulpian-Pomponius D 4,4,16,4; Th Mayer-Maly „Privatautonomie und Vertragsethik im Digestenrecht" (1955) 6 Iura 128-138; A Wacke „Circumscribere, gerechter Preis und die Arten der List" 94 (1977) SZ 184-246, 190f.

74 Sex Pompeius Festus *De verborum significatu quae supersunt* (Leipzig, 1913) § 35.15 (*coctiones*).

vom Prätor, Provinzstatthalter, Richter oder Beamten, mit Hilfe einer *aestimatio* und gerade nicht von den Parteien selbst festgesetzt wird[75].

a) In einigen Fällen haben wir es mit einem gerechten Ausgleich zwischen zwei Personen zu tun, also um die Waagerichtigkeit, *aequitas* im engeren Sinne. Gleichbedeutend kann in den Quellen hier auch von einem *verum*[76] oder *aequum pretium*[77] die Rede sein. Das gilt u a, wenn schon in der Severerzeit für die öffentliche Lebensmittelversorgung Preise festgelegt wurden[78], oder wenn es zu einer richterlichen Schätzung kommt – entweder im Rahmen der Teilungsklage[79] oder bei der *rei vindicatio*, falls es nicht zu einem Schätzungseid kommt, weil der Beklagte ohne Schuld oder nur fahrlässig nicht herausgabefähig war[80]. *Iustum pretium* kann in dieser Fallgruppe auch eine angemessene Vergütung sein, etwa für ein Notwegrecht[81]. Dreiecksverhältnisse liegen dagegen in den folgenden Fällen vor:

b) Hatte ein Erblasser einem Bedachten das Fideikommiß auferlegt, einen Sklaven (zu kaufen und anschließend) freizulassen, wollte ihn der Eigentümer aber nicht verkaufen oder nur zu einem evident überhöhten Preis, konnte das Freilassungsfideikommiß (zunächst) nicht erfüllt werden, denn der Prätor zwang den Eigentümer nicht zum Verkauf[82]. Stand aber sein Verkaufsentschluß fest und erschien der geforderte Preis auch nicht unmäßig, so konnte der Prätor ein *iustum pretium* für den Kauf festlegen, wenn der Preis dem Käufer schließlich doch als zu hoch erschien[83]. Bei Verschaffungsvermächtnissen dagegen war der Prätor oder Richter zur Festsetzung eines Schätzpreises augenscheinlich sogar dann befugt, wenn der Eigentümer die zu verschaffende Sache nicht zu verkaufen bereit war[84]. Wir haben es hier mit einem Eingriff in die Privatautonomie zu tun, offenbar weil neben den Interessen von Verkäufer und Käufer auch Drittinteressen – die des Erblassers und des Begünstigten – betroffen waren.

c) Der Freigelassene hat, wenn er ohne *liberi* stirbt, seinem Freilasser die Hälfte der Erbschaft als *portio debita* zu hinterlassen. Wegen arglistiger Veräußerungen seitens des Freigelassenen zum Nachteil des Freilassers hat dieser Klagen gegen (redliche) Dritte auf Herausgabe des Erlangten[85]. Hatte der Freigelassene die Sache in arglistiger Weise weit unter Wert verkauft, bestand ein Interesse des Käufers, sie zu behalten. Den

75 DR Göttlicher *Auf der Suche nach dem gerechten Preis* (Göttingen, 2004) 102. Zu textkritisch E Genzmer „Die antiken Grundlagen der Lehre vom gerechten Preis und der laesio enormis“, in *Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag* (Berlin, 1937) 25-64, 45.

76 Ulpian D 30,49,8.

77 Gaius D 30,66.

78 Ulpian D 1,12,1,11. Zum Ganzen auch Genzmer (Fn 75) 31ff.

79 Paulus D 10,3,10,2.

80 Ulpian D 6,1,70 in Verbindung mit 68; s auch Paulus D 24,1,36pr.

81 Ulpian D 11,7,12pr.

82 Dazu auch UE 2,11.

83 Paulus D 40,5,31,4. Zu der Konstellation R Knütel „Rechtsfragen zu den Freilassungsfideikommissen“, in Th Finkenauer (Hrsg) *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht* (Heidelberg, 2006) 131-151, 148. S auch Ulpian D 40,5,30,6 mit Knütel 139ff.

84 Ulpian D 30,71,13 (*aestimatio officio iudicis*); Labeo D 32,30,6; Gaius D 32,14,2 (*iusta aestimatio*).

85 Kaser I (Fn 11) 798f; Göttlicher (Fn 75) 105, 109 (*actio Fabiana und Calvisiana*).

Ausgleich zwischen seinem Bestandsinteresse und dem Interesse des Freilassers an einem ungeschmälerten Anfall seines Pflichtteils glich Ulpian dadurch aus, daß er dem Käufer die Wahl gab, das, was an einem *pretium iustum* noch fehlte, hinzuzahlen oder den Kauf insgesamt rückgängig zu machen[86]. In diesem Dreiecksverhältnis ging es also nicht um einen Ausgleich zwischen den Vertragsparteien, sondern zwischen den Interessen des Käufers und eines aus seiner Sicht unbeteiligten Dritten. Die Privatautonomie mußte zurückstehen, wenn das Patronatserbrecht arglistig beeinträchtigt war.

4. Schluß

Ziel aller juristischen Arbeit ist die Gerechtigkeit. Das betont nicht nur programmatisch Ulpian, sondern auch Kaiser Justinian mit der prominenten Stellung, die er den Ulpiantexten in seiner Kodifikation zuweist. In ihren Entscheidungen waren die römischen Juristen mit der Anrufung der *iustitia* gleichwohl zurückhaltend. Das nimmt jedoch nicht wunder: Auch im geltenden Recht argumentiert man selten mit der Gerechtigkeit[87]. Das Argument ist in einer Rechtsordnung mit entwickelter zivilrechtlicher Dogmatik, wie sie die klassischen Juristen mit ihrem Fallrecht und wir Heutigen mit den modernen Kodifikationen erreicht haben, überflüssig. Zudem ist die Berufung auf die Gerechtigkeit häufig deshalb wenig überzeugend, weil die „gerechte" Entscheidung meist diejenige ist, die dem eigenen Rechtsgefühl am ehesten entspricht. Das Rechtsgefühl aber ist nicht selten trügerisch. Dagegen gewährt die aus Fallrecht und jahrtausendelanger Tradition gewonnene zivilrechtliche Dogmatik die notwendige Orientierung. Gleichwohl ist eine Verdächtigung als nachklassisch weder für die *iustitia* noch für *iustus* in seinen verschiedenen Bedeutungen begründet.

Iustitia und *iustus* konnten eine spezifische Bedeutung annehmen, die sie von der einfachen *aequitas* unterscheidet. Bei allen Überschneidungen und in aller Vorsicht[88] scheint es so zu sein, daß die einfache *aequitas* eher die Waagerichtigkeit im Zweipersonenverhältnis bezeichnet, während die *iustitia* eine Gesamtbetrachtung ermöglichen kann und damit eine Ausbalancierung der Interessen aller beteiligten Personen, und zwar auch über die womöglich waagerichtigen einzelnen Austauschverhältnisse hinaus. Die Gerechtigkeit für alle Beteiligten, jenseits ihrer konkreten Kläger- und Beklagtenrolle, bezeichnet Tryphonin in D 16,3,31,1 deshalb mit der *iustitia* oder eben auch mit der *totius rei aequitas*. Gleichsinnig spricht Ulpian in D 11,7,14,13 von *solutius aequitatem sequi*. In dieser Perspektive ist die *iustitia* der einfachen *aequitas* übergeordnet, wie es auch eine berühmte Allegorie der frühen Glossatorenzeit will: Die Göttin Iustitia thront, umgeben von ihren sechs Töchtern Religio, Pietas, Gratia,

86 Ulpian D 38,5,1,12; dazu Göttlicher (Fn 75) 103ff.

87 In insgesamt über 32000 Entscheidungen des BGH in Zivilsachen zwischen 2000 und 2013 weist „juris Das Rechtsportal" die „Gerechtigkeit" in der Argumentation nur 170 Mal aus, also in etwa 0,5% der Fälle, wobei in nur 18 Fällen die Gerechtigkeit direkt angerufen wird, „Recht und Gerechtigkeit" sieben Mal, in allen übrigen Fällen taucht der Begriff nur als Wortverbindung mit Gerechtigkeitsanforderung, -erwägung, -gebot, -gewinn, -empfinden, -vorstellung etc auf.

88 Um diesen Befund abzusichern, bedürfte es einer systematischen Untersuchung des Gebrauchs von *aequitas* und *aequus*.

Vindicatio, Observantia und Veritas, in ihrem Tempel, die Aequitas, ihr Lieblingskind, im Arm haltend, gleich der Himmelskönigin mit sechs Engeln und dem Jesuskind[89].

Abstract

Much research has been done on the concept of *aequitas*, while the sense in which Roman jurists used the terms *iustitia* and *iustus* has until now received surprisingly little attention, even though these terms are definitely to be found in classical law. As regards their meaning, *aequitas* and *iustitia* can scarcely be distinguished at first glance. However, the Romans of the first century AD apparently did see a difference, for they struck separate coins for the goddess *Iustitia* on the one hand and the goddess *Aequitas* on the other; the latter invariably carried a pair of scales, while the former was never depicted in this way. Similarly, Roman jurists distinguished between *iustitia* in the broader sense of multilateral justice and *aequitas* in the restricted sense of a bilateral balancing of interests. Thus the concept of *iustitia* led to a consideration, not only of the relevant bilateral relationships but of all facts and all aspects of law and justice that affected the persons involved in the case. From this perspective, *iustitia* may be regarded as synonymous with *aequitas totius rei*.

89 So die *Quaestiones de iuris subtilitatibus*; dazu H Lange *Römisches Recht im Mittelalter* I (München, 1997) 408ff.

GLI AUSPICI E I CONFINI

Roberto Fiori*

1. Premessa

Le fonti testimoniano il rilievo delle linee di confine nel diritto augurale in almeno tre casi. Il primo riguarda i corsi d'acqua, che parrebbero rilevare rispetto al problema della conservazione degli auspici precedentemente assunti: le fonti parlano di *auspicium peremne*. Il secondo riguarda il confine dell'*ager Romanus*, e si parla di *auspicium pertermine*. Il terzo riguarda il *pomerium*, che parrebbe distinguere gli *auspicia* in *urbana* e *militaria* (o *domi* e *militiae*).

2. *Auspicium peremne*

I testi più risalenti in tema di *auspicia peremnia* sono di Cicerone. Nel *de natura deorum* egli afferma che nella sua epoca, per la *neglegentia* della *nobilitas*, le regole augurali non sono più osservate, e che degli auspici è mantenuta solo l'apparenza ma non è rispettata la *veritas*. In particolare non si conducono più le guerre prendendo gli auspici, non si osservano (o conservano?) gli *auspicia peremnia* né quelli *ex acuminibus*, non si chiamano i *viri* alle armi in modo rituale, cosicché è sparito anche il *testamentum in procinctu*. Ciò dipende dal fatto che i generali della tarda repubblica iniziano a *bella gerere* da promagistrati, ossia quando hanno deposto gli *auspicia*:

> Cic *nat deor* 2 9: neglegentia nobilitatis augurii disciplina omissa veritas auspiciorum spreta est, species tantum retenta; itaque maximae rei publicae partes, in is bella quibus rei publicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt; tum enim bella gerere nostri duces incipiunt, cum auspicia posuerunt.

Nel *de divinatione* Cicerone scrive anche che i *maiores* non conducevano guerre se non *auspicato*, mentre ai suoi tempi i generali non hanno *auspicia*, cosicché non attraversano i corsi d'acqua *auspicato*, né prendono gli auspici mediante il *tripudium*:

* Professore ordinario di Istituzioni di diritto romano presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 301-311

> Cic *div* 2 76-77: bellicam rem administrari maiores nostri nisi auspicato noluerunt; quam multi anni sunt, cum bella a proconsulibus et a propraetoribus administrantur, qui auspicia non habent? 77. Itaque nec amnis transeunt auspicato, nec tripudio auspicantur.

Anche Verrio Flacco menziona queste regole rituali, forse attingendo ai *libri auspiciorum* di Veranio.[1] Dapprima egli afferma che si dice *peremne auspicari* per indicare l'attività di colui che passa *auspicato* un fiume o acqua che nasca *ex sacro*:

> Fest *verb sign* sv *peremne* (Lindsay 284): peremne dicitur auspicari, qui amnem, aut aquam, quae ex sacro oritur, auspicato transit.

Poi richiama l'*amnis Petronia*, ossia un affluente del Tevere che nasceva dal *fons Cati*[2] alle pendici a nord-ovest del Quirinale e che scorreva nel Campo Marzio formando la *palus Caprae* per poi sfociare nel Tevere; poiché il corso d'acqua si poneva tra la città e i *saepta* comiziali,[3] per raggiungere l'area della riunione i magistrati dovevano attraversarlo e, per non incorrere in vizi augurali, dovevano passarlo *auspicato*:

> Fest *verb sign* sv *Petronia* (Lindsay 296): Petronia amnis est in Tiberim perfluens, quam magistratus auspicato transeunt, cum in campo quid agere volunt; quod genus auspici peremne vocatur.

L'ultima fonte è il commento di Servio ad alcuni versi dell'*Eneide* in cui Turno, ricevuti *de caelo* auspici favorevoli che lo inducono alla guerra, si avvicina all'acqua e beve, pregando molto gli dei e colmando il cielo di voti.[4] Servio rileva che Virgilio sta alludendo a una regola di diritto augurale secondo la quale gli auguri che si trovassero ad attraversare un corso d'acqua dopo aver preso un *augurium* dovevano compiere un rituale – che descriveremo tra breve – al fine di non far venir meno l'*augurium*, che altrimenti sarebbe stato interrotto dall'acqua. E aggiunge un riferimento a un altro passo dell'*Eneide* in cui Giuturna, per spingere i Rutuli a combattere contro i Troiani, manda loro un segno, ossia un'aquila che attacca un cigno ma, allontanata dagli altri uccelli, deve abbandonare la preda, che cade nel fiume. L'augure Tolumnio interpreta l'*augurium*

1 Il primo lemma è tratto dai *libri auspiciorum* di Veranio per R Reitzenstein *Verrianische Forschungen* (Breslau, 1887) 47 nt 1 e 53, e l'ipotesi è accolta da FP Bremer *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt* II (Lipsiae, 1898) 6 (fr 6). Anche il secondo lemma potrebbe essere stato tratto da Veranio, se si considera che nel *de verborum significatu* è immediatamente preceduto dal lemma *prodiguae hostiae*, tratto dalle *quaestiones pontificales* di questo giurista (fr 9 Bremer). È dunque possibile che nella redazione di questa parte Verrio Flacco avesse dinanzi le opere di Veranio e che – sulla base il suo metodo compositivo: su cui *cfr* soprattutto CO Müller *Sexti Pompei Festi de verborum significatione quae supersunt cum Pauli epitome* (Lipsae, 1839), XVIss; Reitzenstein *op. cit*. 41ss; L Strzelecki *Quaestiones Verrianae* (Warszawa, 1932) 43ss; F Bona *Contributo allo studio della composizione del "de verborum signiticatu" di Verrio Flacco* (Milano, 1964) 1ss – di quest'ordine sia rimasta traccia nell'opera.

2 Paul-Fest *verb sign* sv *Cati* (Lindsay 39).

3 *Cfr* per tutti F Coarelli *Il Foro romano* I (Roma, 1982) 191 nt 12; Id *Il Campo Marzio* I *Dalle origini alla fine della repubblica* (Roma, 1997) 148ss; Id "Petronia amnis" in *Lexicon topographicum urbis Romae*[2] IV (Roma, 1999) 81s.

4 Verg *Aen* 9 18-24: *"Iri, decus caeli, quis te mihi nubibus actam / detulit in terras? unde haec tam clara repente / tempestas? medium video discedere caelum / palantis polo stellas. sequor omina tanta, / quisquis in arma vocas." et sic effatus ad undam / processit summoque hausit de gurgite lymphas, / multa deos orans, oneravitque aethera votis.*

affermando che Enea avrebbe attaccato Turno ma sarebbe stato allontanato dai Rutuli uniti;[5] e poiché la scelta dei Rutuli di combattere porterà alla loro distruzione, Servio commenta che l'*augurium* non si realizzerà e Turno soggiacerà al suo destino perché il cigno, lasciato dall'aquila, è caduto in acqua.

Questo è il testo nell'edizione Thilo – Hagen, con le inserzioni tratte dal *Servius auctus* riportate tra parentesi quadre:

> Serv *Aen* 9 24: ONERAVITQVE AETHERA VOTIS iterum atque iterum, [aut alia atque alia est] vota pollicitus. locus autem iste dictus est secundum augurum morem, apud quos fuerat consuetudo, ut si post acceptum augurium ad aquam venissent, inclinati [aquas] haurirent exinde [et] manibus et fusis (ed Thilo–Hagen; ms: effusis) precibus vota promitterent, ut visum perseveraret augurium, quod aquae intercessu disrumpitur. unde etiam in duodecimo visum augurium non procedit neque sortitur exitum firmum, quia cycnus, dimissus ab aquila, in fluviura cecidit, ut 'praedamque ex unguibus ales proiecit fluvio'. hinc videtur etiam Turnus minime potuisse liberari.[6]

L'interpretazione generalmente fornita di questi testi è che l'*auspicium peremne* consisterebbe in una presa di auspici compiuta al momento di attraversare un corso d'acqua, al fine di conservare un precedente *auspicium*.[7] Questa spiegazione induce a svalutare la testimonianza di Servio che, come abbiamo visto, non fa riferimento ad alcuna *auspicatio*.

5 Verg *Aen* 12 244-265: *his aliud maius Iuturna adiungit et alto / dat signum caelo, quo non praesentius ullum / turbavit mentes Italas monstroque fefellit. / namque volans rubra fulvus Iovis ales in aethra / litoreas agitabat avis turbamque sonantem / agminis aligeri, subito cum lapsus ad undas / cycnum excellentem pedibus rapit improbus uncis. / arrexere animos Itali, cunctaeque volucres / convertunt clamore fugam (mirabile visu), / aetheraque obscurant pennis hostemque per auras / facta nube premunt, donec vi victus et ipso / pondere defecit praedamque ex unguibus ales / proiecit fluvio, penitusque in nubila fugit. / tum vero augurium Rutuli clamore salutant / expediuntque manus, primusque Tolumnius augur / "hoc erat, hoc votis" inquit "quod saepe petivi. / accipio agnoscoque deos; me, me duce ferrum / corripite, o miseri, quos improbus advena bello / territat invalidas ut avis, et litora vestra / vi populat. petet ille fugam penitusque profundo / vela dabit. vos unanimi densete catervas / et regem vobis pugna defendite raptum"*.

6 *Cfr* anche Serv *Aen* 12 246 MONSTROQVE FEFELLIT *bene "fefellit" namque hoc augurium nec oblativum est nec inpetrativum, sed inmissum factione Iuturnae, quod carere fide indicat sedes negata nam ubicumque firmum introducit augurium, dat ei firmissimam sedem, ut ipsa sub ora viri caelo venere volantes et viridi sedere solo, item ante sinistra cava monuisset ab ilice cornix. in hoc autem augurio liberatum cyciium cecidisse in aquam dicit, quam instabilem esse* [Daniel: *et infirmam*] *manifestum est*.

7 *Cfr* ad es. Th Mommsen *Römisches Staatsrecht* I (Leipzig, 1887[3]) 97 nt 1 e 103 nt 4; IMJ Valeton "De modis auspicandi Romanorum" (1890) 18 *Mnemosyne* 209ss; A von Domaszewski "Die Triumphstraße auf dem Marsfelde" (1909) 12 *Archiv für Religionswissenschaft* 68 = *Abhandlungen zur römischen Religion* (Leipzig-Berlin, 1909) 218; G Wissowa *Religion und Kultus der Römer* (München, 1912[2]) 530s nt 7; AS Pease *M. Tulli Ciceronis de divinatione liber secundus* (Urbana, 1923) 473s; K Latte *Römische Religionsgeschichte* (München, 1960) 202; LA Holland *Janus and the Bridge* (Rome, 1961) 18ss; H Dahlmann *Zur Ars Grammatica des Marius Victorinus* (Wiesbaden, 1970) 107; F Zevi "L'identificazione del tempio di Marte 'in circo' e altre osservazioni" in *L'Italie préromaine et la Rome républicaine. Mélanges offerts à J Heurgon* (Rome, 1976) 1050; Coarelli *Il Campo Marzio* I (nt 3) 149ss; Id "Petronia amnis" (nt 3) 81; G Aricò Anselmo *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia* (Torino, 2012) 102ss.

L'ipotesi è indotta dall'affermazione di Cicerone e Verrio Flacco che il corso d'acqua deve essere superato *auspicato*. Tuttavia l'ablativo assoluto non può essere tradotto "avendo preso gli auspici", perché nelle fonti – accanto a casi in cui risulta *aliunde* che una presa di auspici vi sia effettivamente stata – l'espressione è impiegata anche in ipotesi in cui il procedimento augurale non prevede alcuna *auspicatio*, come ad esempio nella *sortitio*, e per converso l'espressione *inauspicato* è usata anche quando una presa di auspici vi è stata, ma viziata.[8] Evidentemente *auspicato* non si riferisce al fatto storico della presa degli auspici, ma al dato giuridico della loro validità,[9] e dall'enfasi posta su quest'ultimo dato deve essersi ulteriormente sviluppato nel linguaggio augurale un valore dell'espressione che va oltre lo stesso rituale dell'*auspicatio*, riferendosi ai soli effetti del rito augurale,[10] che perciò determina una opposizione *auspicato~inauspicato* analoga a quella, attestata in altri passi, *recte~vitio*.[11]

Senonché, se i passi di Cicerone e Verrio Flacco non depongono necessariamente per una (seconda) *auspicatio*, possiamo leggere con maggiore fiducia la testimonianza di Servio, che certamente è l'autore che riporta il rituale in modo più preciso.[12] Anche in questo caso abbiamo però difficoltà di interpretazione, per il modo in cui ci è pervenuto il testo, integrato dagli editori in modo alquanto invasivo.

Il *codex Floriacensis* (Paris, Bibliothèque Nationale, *Parisinus Lat*. 7929) ha *inclinati haurirent exinde manibus effusis precibus vota promitterent*, ma gli editori hanno preferito seguire l'edizione danielina che inserisce *et* tra *exinde* e *manibus*, e hanno conseguentemente trasformato *effusis* del manoscritto in *et fusis*, rendendo la frase *inclinati* [aquas] *haurirent exinde* [et] *manibus et fusis precibus vota promitterent*.

Ora, com'è noto, l'edizione di Daniel riproduce non solo il testo serviano, ma anche le note di un compilatore che ha aggiunto al commento di Servio sia passi escerpiti da un altro commento a Virgilio, che per molti sarebbe da attribuire a Donato, sia piccoli adattamenti linguistici ed espressivi conformi al gusto e alle finalità dell'autore.[13] È chiaro che il nostro caso rientra in questa seconda categoria, ma le integrazioni hanno conseguenze sull'interpretazione.

Mi sembra in primo luogo che il testo così come reso dagli editori non possa essere accolto.

8 Per le fonti e la loro discussione rinvio a R Fiori "La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale" (2014) 131 *ZSS* 85ss.

9 *Cfr* già IMJ Valeton "De modis auspicandi Romanorum" (1889) 17 *Mnemosyne* 421s, seguito da P Catalano *Contributi allo studio del diritto augurale* I (Torino, 1960) 65 nt 107.

10 Mi sembra sia questa anche l'idea di Catalano *Contributi* (nt 9) 279s.

11 *Cfr* i testi raccolti da E Norden *Aus altrömischen Priesterbüchern* (Lund, 1939; rist. Stuttgart-Leipzig, 1995) 34ss.

12 Per Aricò Anselmo (nt 7) 109 nt 288, il rituale descritto da Servio e quello richiamato da Cicerone e Verrio Flacco sarebbero due diversi procedimenti che mirano a raggiungere il medesimo risultato; a me però sembra che non possano mettersi su un piano di alternatività due rituali dei quali l'uno porta a un risultato certo (quello di Servio, che non prevede auspici, ma solo preghiere) e l'altro a un risultato incerto (quello che si usa ricostruire come *auspicium peremne*).

13 Sto parafrasando C Baschera *Ipotesi d'una relazione tra il Servio Danielino e gli Scolii Veronesi a Virgilio* (Verona, 2000) 35.

La struttura *et ... et* imporrebbe di legare sia *et fusis precibus* sia *et manibus* a *vota promitterent* e di intendere *exinde* in senso temporale: "chinatisi bevevano (o prendevano l'acqua) e poi sia con le mani che con la pronuncia di preghiere formulavano voti". Se infatti si attribuisce a *exinde* valore spaziale ("da lì", ossia dall'acqua), l'avverbio dovrebbe essere legato ad *aquam* e diverrebbe del tutto inutile la ripetizione *aquas* del *Servius auctus*. Ma è difficile ipotizzare una promessa realizzata con gesti, anche perché l'espressione *manibus promittere* non ricorre mai nella letteratura latina.

Un'altra soluzione potrebbe essere quella di riferire *et manibus* ad *haurirent*, leggendo l'*et* nel senso di "anche" e ipotizzando che il titolare degli *auspicia* si inchinasse verso terra e bevesse (con la bocca e) "anche con le mani"[14]. Ma ciò imporrebbe di intendere *exinde* in senso spaziale – perché se esprimesse una successione temporale non si potrebbe congiungere *manibus* ad *haurirent* – con gli effetti di cui parlavamo poco sopra; inoltre, sarebbe spezzata la struttura *et ... et* sulla base della quale si è giustificata la trasformazione di *effusis* in *et fusis*.

Credo dunque che debba valorizzarsi il testo del *codex Floriacensis*, e che si possa pensare a due interpretazioni alternative.

Una prima possibilità è di tener conto di due passi dei *fasti* di Ovidio – un'opera che, com'è noto, è fortemente dipendente da fonti di diritto sacro e da opere di antiquaria come i *fasti* di Verrio Flacco[15] – dove troviamo tracce di un rituale che prevede la presa di acqua con le mani e la formulazione di voti, senza che l'acqua sia portata alla bocca.

Il rituale compare una prima volta a proposito della leggenda di Claudia Quinta, una matrona che nel 204 a.C., in occasione del trasporto a Roma dell'immagine di Cibele, aveva voluto discolparsi dall'accusa di adulterio invocando una prova ordalica, consistente nel disincagliare la nave bloccata nel Tevere legando lo scafo alla propria cintura:[16] nell'invocare la prova, Claudia avrebbe preso l'acqua del fiume con le mani e, alzandole per tre volte, l'avrebbe fatta gocciolare sul proprio capo pronunciando il proprio impegno (*et manibus puram fluminis hausit aquam, / ter caput inrorat, ter tollit in aethera palmas*).[17] E una seconda volta rispetto a un episodio del 241 a.C., allorché il pontefice massimo L. Cecilio Metello pronuncia una *devotio* con la quale attira su di sé l'ira divina per essere entrato nel tempio di Vesta al fine di salvare gli oggetti sacri da un incendio: presa dell'acqua e alzate le mani (*haurit aquas tollensque manus*)[18] egli formula il suo voto.

Se si tiene conto di queste testimonianze, deve concludersi che *manibus* può legarsi ad *haurirent*, ma che in questo caso: (i) *exinde* non può essere inteso in senso temporale – perché come si è detto in tal caso spezzerebbe il rapporto tra *haurirent* e *manibus* – e pertanto rende superfluo *aquas*; (ii) il primo *et* non può essere inteso nel senso di

14 Così ad es. Aricò Anselmo (nt 7) 108.

15 *Cfr* per tutti J Scheid "Myth, Cult and Reality in Ovid's Fasti" (1992) 38 *PCPS* 121ss; A Fraschetti "Ovidio, i Fabii e la battaglia del Cremera" (1998) 90 *MEFRA* 742s.

16 Per un'analisi dell'episodio *cfr* R Fiori "La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico" in C Cascione–C Masi Doria (a cura di) *Quid est veritas?* Un seminario su verità e forme giuridiche (Napoli, 2013) 195ss.

17 Ovid *fast* 4 314-315.

18 Ovid *fast* 6 459.

"anche" perché l'acqua non viene portata alla bocca, cosicché perde ogni senso prima di *manibus*. In altre parole, per la prima parte del testo l'unica lezione che appare affidabile sembra essere quella del *codex Floriacensis*: *ut si post acceptum augurium ad aquam venissent, inclinati haurirent exinde manibus* "che se dopo aver assunto un *augurium* fossero pervenuti a un corso d'acqua, chinatisi attingevano da questo con le mani".

Tuttavia, se si elimina il primo *et* dinanzi a *manibus*, anche la seconda frase appare più convincente nella lezione del *codex Floriacensis*: *effusis precibus vota promitterent* "pronunciando preghiere promettevano voti". L'effetto è che diviene preferibile conservare l'espressione *effundere preces*, che si giustifica proprio nel linguaggio di Virgilio e Servio perché il verbo implica, rispetto al semplice *fundere*, una pronuncia in qualche modo traboccante, coerente con l'uso di *onerare* "colmare" del verso virgiliano.[19]

Naturalmente però, se *haurirent* e *promitterent* esprimono due attività distinte, esse dovrebbero essere legate da un rapporto di coordinazione. Diviene allora probabile che il primo *et* sia stato erroneamente scritto dal copista prima di *manibus*, mentre invece lo seguiva: che cioè il testo debba essere letto *inclinati haurirent exinde manibus* [et] *effusis precibus vota promitterent*.

L'ipotesi appena prospettata ha il pregio di creare una corrispondenza tra il passo di Servio e i rituali descritti da Ovidio, in cui alla presa di acqua con le mani segue la formulazione di voti, ma costringe a intervenire sul testo.

Si può allora prospettare una seconda interpretazione, che accoglie pienamente la lezione del *codex Floriacensis*, senza alcun intervento testuale. Il termine *manibus* può infatti essere inteso, invece che come un riferimento alle mani dell'augure, come un rinvio ai *dii Manes*, che un lemma di Verrio Flacco, epitomato da Festo, afferma essere i destinatari delle preghiere degli auguri, in quanto si riteneva che essi si diffondessero (*manare*) per tutti i luoghi, celesti e terreni:

> Fest *verb sign* sv *Manes di* (Lindsay 146): Manes di ab auguribus invocantur, quod i per omnia aetheria terrenaque ma‹nare credantur. Idem di su›peri atque inferi ‹dicebantur› ... (12 litt) ... augures, quod sanctis ... (20 litt) ... minis.[20]

19 Peraltro, Servio lega l'espressione *effundere (pectore) questus* di Verg *Aen* 5 70 a *fundere preces pectore* di Verg *Aen* 6 55 (Serv *Aen* 5 780: EFFVNDIT PECTORE QVESTVS *hoc est cum dolore, ut ait funditque preces rex pectore ab imo*). Aricò Anselmo (nt 7) 108 ha ipotizzato – sulla base di due passi in cui si dice che l'acqua è *instabilis et infirma* (Serv *Aen* 12 246) e di colore incerto (Paul-Fest *verb sign* sv *Aquilus* [Lindsay 20]) – che per i Romani l'acqua materializzasse, "in un'ottica primitiva, ciò che si oppone alla sicurezza, alla garanzia, all'approvazione ottenuta per mezzo degli *auspicia* da chi ora li 'porta con sé"; e che pertanto *fusis precibus* non debba essere inteso come ablativo assoluto ("pronunziate preghiere") ma come complemento di strumento ("con 'sciolte' preghiere"), ad indicare preghiere "libere da costrizioni strofiche, non soggette ad esigenze metriche", perché altrimenti "imbriglierebbero il libero fluire dell'acqua, rischiando di scatenare la sua reazione" (*ibid*. 108 ntt. 286-287). L'ipotesi è molto congetturale, e richiederebbe la dimostrazione dell'esistenza di residui di una supposta mentalità "primitiva" tra i Romani, che troppo spesso la dottrina utilizza come *passepartout* (è un problema complesso, sul quale mi permetto di rinviare a Fiori "La gerarchia come criterio di verità" [nt 16] 225ss).

20 *Cfr* anche Paul-Fest *verb sign* sv *Manes di* (Lindsay 147): *Manes di ab auguribus vocabantur, quod eos per omnia manare credebant, eosque deos superos atque inferos dicebant.*

Questa seconda interpretazione induce a intendere *exinde* in senso temporale, distinguendo così tra l'attività di attingere l'acqua e quella di formulare voti pronunciando preghiere ai Mani. Il testo di Servio dovrebbe dunque essere così inteso: "che se dopo aver assunto un *augurium* fossero pervenuti a un corso d'acqua, chinatisi bevevano (attingevano) e poi, pronunciando preghiere ai Mani, promettevano voti". Peraltro, nel senso di una possibile comunanza di fonti tra Verrio Flacco e Servio, potrebbero deporre la possibilità che la notizia contenuta nel *de verborum significatione* sia stata tratta nuovamente dai *libri auspiciorum* di Veranio,[21] nonché il ricorrere dell'aggettivo *aetheria*, che richiama gli *aethera* del passo virgiliano commentato da Servio.[22]

In conclusione. Se è possibile che Cicerone e Verrio Flacco non parlino di una *auspicatio* compiuta prima di attraversare il corso d'acqua, ma semplicemente della necessaria correttezza augurale nel passare l'*amnis*, essi non si pongono in contrasto con Servio, che riporta un rituale che non prevede una seconda presa di auspici. Gli *auspicia peremnia* appaiono dunque essere non auspici presi al passaggio dei corsi d'acqua, ma gli auspici precedentemente assunti e "conservati" all'attraversamento del corso d'acqua grazie a un rituale augurale che non comporta una seconda consultazione degli dèi. L'affermazione di Cicerone che *nulla peremnia servantur* non deve essere intesa nel senso che non si "osserva" più la pratica di trarre *auspicia peremnia*, ma nel senso che non si "conservano" più gli *auspicia peremnia*. E lo stesso può ripetersi per la definizione di *peremne auspicari* che fornisce Verrio Flacco attraverso Festo: prende gli auspici *peremne* chi li conserva attraversando l'acqua in modo rituale.[23]

3. *Auspicium pertermine*

L'analisi sin qui compiuta aiuta nella comprensione di un testo poco noto e non molto chiaro, nel quale si parla di un *auspicium pertermine*:

> Vict *ars gramm* 1 4 21-22 (Keil VI/1 14): pertermine dicitur auspicium, quod fit, cum de fine Romano in agrum peregrinum transgrediuntur.

Il brano è stato opportunamente posto in relazione[24] con un testo di Varrone circa la dottrina augurale dei *quinque genera agrorum*:

21 *Cfr* Reitzenstein (nt 1) 47 nt 1 e 53, seguito da Bremer (nt 1) 6 (fr 7).

22 *Cfr supra* nt 5.

23 Le notizie che talora si trovano nelle fonti, di sacrifici compiuti da comandanti militari all'atto di attraversare dei fiumi (*cfr* Tac *ann* 6 37; Plut *Luc* 24 6), non contengono alcun riferimento agli *auspicia peremnia* ma riguardano offerte alla divinità del fiume (nella fattispecie, l'Eufrate) per propiziare il passaggio delle truppe. È possibile che a queste cerimonie si riferisca la regola augurale riferita da Fest *verb sign* sv *manalis fons* (Lindsay 146): *manalis fons appellatur ab auguribus puteus perennis, neque tamen spiciendus videtur, quia flumen id spiciatur, quod sua sponte in amnem influat*; secondo Holland (nt 7) 18, dal testo risulterebbe la regola secondo cui non è necessario prendere gli auspici presso una fonte quando siano stata già stati presi presso il fiume; secondo Coarelli *Il Campo Marzio* I (nt 7) 150, si affermerebbe invece che gli auspici devono essere presi solo quando l'acqua sia corrente (entrambi gli a. pongono il testo in connessione con gli *auspicia peremnia*, dei quali però nel passo non si parla).

24 Da Dahlmann (nt 7) 108.

> Varr *ling Lat* 5 33: ut nostri augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, peregrinus, hosticus, incertus. Romanus dictus unde Roma ab Romulo; Gabinus ab oppido Gabiis; peregrinus ager pacatus, qui extra Romanum et Gabinum, quod uno modo in his servantur auspicia; dictus peregrinus a pergendo, id est a progrediendo: eo enim ex agro Romano primum progrediebantur: quocirca Gabinus quoque peregrinus, sed quod auspicia habet singularia, ab reliquo discretus; hosticus dictus ab hostibus; incertus is, qui de his quattuor qui sit ignoratur.

Per comprendere lo schema di Varrone è opportuno partire dalla parte finale del passo. Innanzi tutto vi è l'*ager incertus*, che costituisce una categoria residuale e indeterminata nella quale sono compresi i territori che non si sa a quale degli altri quattro tipi di *ager* ricondurre. Poi c'è l'*ager hosticus*, che è quello dei nemici.[25] I restanti tre tipi di *ager* sono relativi a territori pacificati. Il primo è l'*ager peregrinus*, che comprende tutti i territori diversi dall'*ager Romanus* e dall'*ager Gabinus*; nota Varrone che a rigore anche l'*ager Gabinus* sarebbe *peregrinus*, in quanto "non-romano",[26] ma che esso viene accostato all'*ager Romanus* perché in entrambi *uno modo ... servantur auspicia*, e distinto dagli altri perché ha *auspicia singularia*, ossia regole auspicali peculiari.[27]

Come si vede, mentre Varrone individua tre specie di *ager pacatus*, Vittorino menziona solo l'*ager peregrinus* e il *finis* (dell'*ager*) *Romanus*, dunque probabilmente la sua fonte non è l'antiquario repubblicano.[28] Ma è chiaro che entrambi gli autori stanno riportando una dottrina augurale risalente e che i testi sono tra loro legati almeno da una comune tradizione interpretativa.

Ora, se si considera quanto abbiamo detto circa il fatto che l'*auspicium peremne* è l'auspicio "conservato" ritualmente (cosicché Cicerone scrive: *nulla peremnia servantur*), e se si tiene conto dell'*auspicium pertermine* di cui parla Vittorino, viene il sospetto che l'*uno modo in his servare auspicia* di Varrone non vada tradotto "in these latter the auspices are observed in one uniform manner"[29] – anche perché i magistrati romani non mutavano le loro tecniche di consultazione in dipendenza dell'*ager* dove

25 Questa denominazione deve essere nata dopo la trasformazione del termine *hostis* da espressione che indica genericamente lo straniero a denominazione del nemico, dunque certamente dopo le XII tavole, che recitano ancora *adversum hostem aeterna auctoritas* (tab 6 4). *Cfr* anche P Catalano "Aspetti spaziali del sistema giuridico-religioso romano. Mundus, templum, urbs, ager, Latium, Italia" *ANRW* II 16 1 (Berlin-New York, 1978) 496 e nt 222.

26 È forse per questa ragione che in Capit *iur pont* fr 10 Bremer = fr 68 Suppl Strzelecki, tratto da Fest *verb sign* sv *peregrinus ager* (Lindsay 284), l'*ager peregrinus* viene opposto al *Romanus* e all'*hosticus* (†*hostilius*) ma non si menziona l'*ager Gabinus* (per l'attribuzione a Capitone *cfr* Reitzenstein [nt 1] 53). Catalano "Aspetti spaziali" (nt 25) 495 rileva che questa denominazione deve esser stata "precisata dagli auguri verso la fine dell'età regia, quando le città del Lazio, compresa Gabii, erano, ad ogni effetto, straniere". *Cfr* anche Fest. *verb. sign.* s.v. *peregrinus ager* (Müller 253): *‹peregrinus ager secundum augures› publicos est ‹ager pacatus extra Roman. et Gabin., qui usu› et iure augurum ‹a peregrino discernitur›* (ma la ricostruzione è estremamente congetturale: Lindsay 300 preferisce riferire il testo superstite al lemma *purime tetinero*).

27 È questo uno degli esempi del rapporto particolare tra Roma e la città di Gabii, variamente attestato – si pensi al *foedus Gabinum*, al *cinctus Gabinus* e alla tradizione per cui i Romani avrebbero appreso da questa città la scienza augurale: basti il rinvio a Catalano "Aspetti spaziali" (nt 25) 494.

28 Come ipotizza invece Dahlmann (nt 7) 108. Secondo I Mariotti *Marii Victorini ars grammatica. Introduzione, testo critico e commento* (Firenze, 1967) 196, la fonte di Vittorino dovrebbe invece essere rintracciata in Verrio Flacco.

29 RG Kent *Varro. On the Latin language. Books V-VII* (Cambridge [Mass.]-London, 1951²) 31.

si trovavano[30] – ma "in questi [tipi di *ager*] gli auspici sono conservati unitariamente", ossia c'è continuità auspicale. In altre parole, potrebbe ipotizzarsi che nel passaggio dall'*ager Romanus* all'*ager Gabinus* non ci si ponesse il problema di conservare gli auspici come avveniva quando si entrava nell'*ager peregrinus*, e che in ciò consistesse la *singularitas* dello statuto auspicale dell'*ager Gabinus*.

Il passo di Vittorino non ci fornisce indicazioni circa il rituale che si poneva in essere sul confine per non perdere l'*auspicium*: l'uso del verbo *fieri* non è sufficientemente chiaro al riguardo, perché può riferirsi sia all'atto auspicale ("si dice *pertermine* l'*auspicium* che [oppure: poiché] viene effettuato quando si passa dal confine romano nell'*ager peregrinus*"), sia all'evenienza della denominazione ("l'*auspicium* è detto *pertermine*, ciò che accade quando si passa dal confine romano nell'*ager peregrinus*"). Tuttavia l'esempio dell'*auspicium peremne*[31] – che anche linguisticamente è formato in modo analogo – fa propendere per l'idea che l'*auspicium pertermine* non consistesse in una (nuova) *auspicatio* che mirava a ottenere l'assenso della divinità al passaggio del confine,[32] ma coincidesse con un *auspicium* precedentemente assunto che doveva essere conservato al superamento del confine, verisimilmente mediante un rituale non molto diverso da quello attestato da Servio.

4. *Auspicia urbana* e *militaria*

Rispetto ai corsi d'acqua e ai confini degli *agri*, la linea del *pomerium* sembra avere un valore diverso.

Essa costituisce, secondo le fonti, il *finis urbanorum auspiciorum*,[33] espressione che sembrerebbe dover essere intesa nel senso che gli *auspicia urbana* si estinguono al suo passaggio. Lo testimonia indirettamente un episodio assai noto, che ha per protagonista

30 Come parrebbe sostenere Dahlmann (nt 7) 108, quando scrive che l'*ager peregrinus* avrebbe "andere *auspicia*".

31 Rileva il rapporto tra le due categorie di *auspicia* anche Dahlmann (nt 7) 107.

32 Come ipotizza Dahlmann (nt 7) 108.

33 Gell 13 14 1: *"pomerium" quid esset, augures populi Romani, qui libros de auspiciis scripserunt, istiusmodi sententia definierunt "pomerium est locus intra agrum effatum per totius urbis circuitum pone muros regionibus certeis determinatus, qui facit finem urbani auspicii"*; Varr *ling Lat* 5 143: *qui* (sc. *orbis*)*, quod erat post murum, postmoerium dictum eo usque auspicia urbana finiuntur*; Gran Lic 28 (Criniti): ... *‹po›meriu‹m f›inis ‹esset ur›banorum a‹us›pici‹orum›* ... A Bouché-Leclercq *Histoire de la divination dans l'antiquité* IV (Paris, 1882) 225ss sembrerebbe talora distinguere gli auspici non sulla base della loro localizzazione, ma in virtù della natura dell'attività, cosicché gli *auspicia* assunti per convocare i comizi *extra pomerium* sarebbero *urbana* perché finalizzati a un'attività sostanzialmente civile (ma l'episodio di Tiberio Gracco mostra che invece dovevano essere assunti *militiae*). Altri autori individuano il limite degli *auspicia urbana* in confini diversi dal *pomerium*: così Domaszewski (nt 7) 218, sostiene che essi varrebbero sino al *pomerium*, ma la loro efficacia sarebbe stata estesa al *primum miliarium* sulla base di una "Rechtsfiktion" (ma nulla di tutto ciò risulta nelle fonti); J Rüpke *Domi militiae. Die religiöse Konstruktion des Krieges in Rom* (Stuttgart, 1990) 32 (*cfr* 43s), sostiene invece che il loro limite sarebbe stato l'*ager Romanus*: l'a. richiama Serv. auct. Aen. 3 463, che attiene alla definizione di *ager effatus*, e il passo di Vittorino sull'*auspicium pertermine*, che come abbiamo visto ha un diverso contenuto. Non mi sembra possa seguirsi neanche A Magdelain "L'auguraculum de l'arx à Rome et dans d'autres villes" (1969-70) 47 *REL = Jus imperium auctoritas. Études de droit romain* (Rome, 1990) 197, nel sostenere che gli *auspicia urbana* sarebbero "le champ visuel qui s'étend sur l'*urbs* dans les limites du *pomerium* pour un observateur placé sur l'*auguraculum* de l'*arx*": al di là di altre considerazioni sulla delimitazione del *templum in aëre* (mi sia permesso di

il console del 163 a.C. Ti. Sempronio Gracco. Questi, dovendo convocare i comizi centuriati per l'elezione dei suoi successori, aveva assunto gli *auspicia extra pomerium*, negli *horti Scipionis*. Tuttavia, dovendo partecipare a una riunione del senato, aveva nuovamente passato il *pomerium* in ingresso e poi ancora in uscita per tornare nel Campo Marzio. Nel far ciò, egli aveva dimenticato di riprendere gli *auspicia* al passaggio del *pomerium* in uscita dalla città (*cum idem pomerium transiret auspicari esset oblitus*; ‹*se ex*›*tra* ‹*pom*›*erium aus*‹*p*›*i*‹*ca*›*ri debuisse*), e perciò i consoli erano stati creati in modo viziato.[34]

Come si vede, in questo caso le fonti attestano esplicitamente la necessità di una nuova *auspicatio*, non essendo sufficiente un rituale di mera conservazione degli auspici precedentemente assunti. Si noti, peraltro, che Tiberio Gracco nel rientrare a Roma aveva perso gli auspici assunti *extra pomerium*: dunque la linea pomeriale costituiva il confine non solo degli *auspicia* assunti *domi*, ma anche degli *auspicia* assunti *militiae*.[35]

A questo riguardo, deve notarsi che i passi in cui è attestata quest'ultima distinzione esprimono – come d'altronde accade rispetto all'*imperium* – non una distinzione "d'essenza", ma una differenziazione spaziale.[36] L'*auspicium* non ha una diversa natura a seconda del luogo in cui viene assunto ma, a differenza di *amnes* o *termini*, il *pomerium* interrompe la continuità dell'*auspicium*, così come interrompe la continuità dell'*imperium* – si pensi alla cerimonia del trionfo, che può essere accordata solo se il comandante non ha attraversato il *pomerium*, conservando l'*imperium militae* grazie al quale è risultato vittorioso.

rinviare ancora a Fiori "La convocazione dei comizi centuriati" [nt 8] 132s nt 320), ancora una volta non si hanno al riguardo indizi in tal senso nelle fonti.

34 Cic *nat deor* 2 11: *... post autem e provincia litteras ad collegium misit, se cum legeret libros recordatum esse vitio sibi tabernaculum captum fuisse hortos Scipionis, quod, cum pomerium postea intrasset habendi senatus causa, in redeundo cum idem pomerium transiret auspicari esset oblitus; itaque vitio creatos consules esse*; *div* 1 33: *... qui cum tabernaculum vitio cepisset inprudens, quod inauspicato pomerium transgressus esset, comitia consulibus rogandis habuit*; Gran Lic 28 (Criniti): *et*› *idem ergo* ‹*T*›*i. ‹Gr*›*a*‹*cch*›*us,* ‹*qui*› *... ichib* ‹*d*›*ep*‹*ul*›*sis eger*‹*a*›*t* ‹*in*› *A*‹*s*›*turibus, genere* ‹*inquie*›*t*‹*o*›*, tum ivit in Hibe*‹*r*›*es.* ‹*qui cum augurales libros*› *legere*‹*t*›*,* ‹*collegio*› *se es*‹*s*›*e doctum* ‹*scripsit se ex*›*tra* ‹*pom*›*erium aus*‹*p*›*i*‹*ca*›*ri debuisse, cu*‹*m*› *a*‹*d ha*›*bend*‹*a in campo*› *c*‹*o*›‹*m*›‹*i*›*tia contende*‹*ret, qu*›*oniam* ‹*po*›*meriu*‹*m f*›*inis* ‹*esset ur*›*banorum a*‹*us*›*pici*‹*orum*›*. se vero in villa* ‹*Scipio*›*nis tabernaculu*‹*m*› *posuisse,* ‹*e*›*t qu*‹*om*› *i*‹*ngrederet*›*ur pomerium ... . Cfr* anche Plut *Marc* 5 2, nonché Cic *Quint fratr* 2 2 1; Val Max 1 1 3; [Auct] *vir ill* 44 2. Un'esegesi più accurata di questi testi in Fiori "La convocazione dei comizi centuriati" (nt 8) 164ss.

35 Non vedo motivi per considerare tarda la distinzione tra *imperium domi* e *imperium militiae* (come proponeva A Alföldi *Der frührömische Reiteradel und seine Ehrenabzeichen* [Baden-Baden, 1952] 81ss, seguito da P de Francisci *Primordia civitatis* [Roma, 1959] 394 nt 157 e Catalano *Contributi* [nt 9] 431 nt 147), e pertanto non mi sembra necessario differenziare la distinzione *auspicia urbana~militaria* da quella *domi~militiae*, come propone Catalano, *loc. cit*.

36 Cic *div* 1 3: *... exactis regibus nihil publice sine auspiciis nec domi nec militiae gerebatur*; 1 95: *omitto nostros, qui nihil in bello sine extis agunt, nihil sine auspiciis domi [habent auspicia]*; Liv 1 36 6: *... nihil belli domique postea nisi auspicato gereretur*; 6 41 4: *... auspiciis bello ac pace domi militiaeque omnia geri*; 10 8 9: *"semper ista audita sunt eadem penes vos auspicia esse, vos solos gentem habere, vos solos iustum imperium et auspicium domi militiaeque"* (l'uso di *domi* in Cat *in Vet* fr 73 Malcovati = Fest *verb sign* sv *prohibere comitia* [Lindsay 268]: *domi cum auspicamus ...* si riferisce alla *domus*).

5. Conclusioni

I confini non interagiscono con gli auspici in modo uniforme.

Da un lato vi sono confini naturali o giuridici, come i corsi d'acqua o i *fines* degli *agri*, che non impediscono la continuità dell'*auspicium*, purché siano adottate opportune precauzioni rituali. Questa possibilità ha indotto gli auguri a non creare categorie speciali di *auspicia* differenziate in relazione al luogo in cui sono stati assunti, ma solo a definire in modo particolare gli auspici che venivano conservati: l'*auspicium* è detto *peremne* quando sopravvive al superamento di un corso d'acqua e *pertermine* quando il confine è territoriale.

Dall'altro è il *pomerium*, che costituisce un confine con uno statuto giuridico del tutto particolare. Esso interferisce in modo rilevante con gli auspici, impedendo ogni continuità tra gli auspici assunti *domi* e quelli assunti *militiae*: le attività autorizzate in un àmbito spaziale non possono essere compiute nell'altro.[37] È verisimilmente questa discontinuità che ha indotto gli auguri a dar vita a categorie stabili all'interno dei *genera auspiciorum* – gli *auspicia urbana* e *militaria*.[38]

Abstract

Boundary lines interacted with the auspices in different ways. On the one hand there were legal or natural boundaries such as streams or the *fines* of *agri*, which did not prevent the continuity of the *auspicium*, provided that some rituals were performed. Because of this continuity the *augures* did not create special categories of *auspicia* according to place. They only gave special names to the auspices that survived the crossing: the *auspicium* was called *peremne* when the boundary was a stream of water, and *pertermine* when it was a territorial border. On the other hand there was the *pomerium*, which had specific rules: its crossing prevented any continuity between the auspices taken *domi* and those taken *militiae*, and it is likely that because of this discontinuity the *augures* created the categories of the *auspicia urbana* and *militaria*.

37 Al riguardo, gli auspici di investitura (su cui rinvio a Fiori "La convocazione dei comizi centuriati" [nt 8] 76ss non costituiscono un'eccezione. Il loro effetto consultatorio non viene meno al superamento del *pomerium* perché essi non sono rivolti al compimento di un'attività, ma alla scelta di una persona. La loro efficacia è puntuale, e solo i loro effetti secondari – il fatto che il magistrato sia riconosciuto come tale – perdurano nel tempo; al contrario, gli auspici legati al compimento di un'attività perdurano sino alla conclusione della stessa. È solo in questi casi che rilevano le regole dell'*auspicium peremne* e *pertermine*: come notava giustamente Valeton (nt 7) 210 rispetto al primo, "auspicia peremnia non omnibus qui flumen transirent fuisse observanda, sed eis solis civibus et magistratibus et sacerdotibus, quibus inter auspicia observata et actionem futuram fluvius esset transeundus".

38 Occorre però rilevare che le fonti non li oppongono mai espressamente: Varr *ling Lat* 5 143, Gell 13 14 1 e Gran Lic 28 (Criniti) parlano di *auspicia urbana*, mentre Cic *div* 2 77 parla di *auspicium militare*.

TRACES OF THE DUALIST INTERPRETATION OF GOOD FAITH IN THE *IUS COMMUNE* UNTIL THE END OF THE SIXTEENTH CENTURY

András Földi* **

Professor Laurens Winkel has published papers on so many topics that it was not difficult to choose one through which I may express my respect for him in this *Festschrift*. Since Professor Winkel is renowned, among other things, as an expert on the principles of Roman law, I hope he will find pleasure in reading my modest contribution to the history of one of the most important such principles, good faith.[1]

The dualist interpretation of good faith (*bona fides*) clearly distinguishes (1) subjective *bona fides* characterised by belief in the lawfulness of, among other things, one's possession *(guter Glaube, goede trouw)* from (2) objective *bona fides* (good faith and fair dealing, *Treu und Glauben*, *redelijkheid en billijkheid*).[2] The dualist interpretation, as will be shown below, derives from the older *ius commune*, and gained importance only after a monograph on the subject was published by Carl Georg von Wächter in 1871.[3] Since then the dualist interpretation has been embraced the world over.[4]

"Subjective monism", on the other hand, which identifies *bona fides* with its subjective interpretation, has become obsolete.[5] Nevertheless, dualism still competes

1 See e.g. Winkel, *The role of general principles in Roman law*, Fundamina 2/1 (1996) 103 ff.; idem, *Ratio decidendi Legal reasoning in Roman law*, in: Bryson/Dauchy (eds.) *Ratio Decidendi Guiding Principles of Judicial Decisions*, I (2006) 9 ff.

2 Cf. Földi, *Remarks on the notion of bona fides'*, Annales Univ. Budapest 48 (2007) 59; idem, *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* [book-review], SZ 124 (2007) 606; idem, *Osservazioni intorno al cd. dualismo della bona fides'*, Studi Antonino Metro, II (2010) 483 ff.

3 Wächter, *Die bona fides' insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums* (1871).

4 See e.g. Martins Costa, *A boa fé no direito privado* (1999); Novaretti, *General clauses and practice The use of the principle of good faith in the decisions of Chinese courts*, European Review of Private Law 18 (2010) 953 ff.

5 Romain, *La théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé* (2000).

* Professor of Roman Law and Comparative Legal History, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest.

** The author takes this opportunity to express his gratitude to Professors Aldo Petrucci and Andrea Landi (University of Pisa) for their valuable professional assistance in writing this paper.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 312-321

with "objective monism", which is dominant in Austrian law.[6] As to the future, it cannot be ruled out that a pluralist interpretation, which acknowledges various meanings of *bona fides*, will prevail.[7]

To understand all aspects of *bona fides*, we should conduct a comparative legal historical survey, since there have been few other legal institutions with histories so beleaguered by mystifications and false points of departure.[8]

The notion of *bona fides* is an intellectual product of ancient Rome. Roman jurists explored its content in detail. Their interpretation may be described as spontaneous ("naive") and monist. Apparently they did not distinguish the various meanings of *bona fides*.[9]

The same naive monism characterised medieval jurists for a long time. Considering that *fides* was the central category of medieval thinking and that, when analysing *bona fides*, the glossators focused on the *bona fides* of possessors,[10] one might suppose that *bona fides* became subjectivised during the Middle Ages, but it is impossible to prove that hypothesis. Even though the possessor's *bona fides* was treated as a subjective criterion during the Middle Ages,[11] this by no means meant that *bona fides* was subjectivised in contracts. In this respect, greater stress was laid on the moral content of *fides Christiana*, which emphasised the objective requirements of good faith and honesty, referring to them as foundations of the Christian ethic.[12] In this connection, the medieval canonists identified *bona fides* with *bona conscientia*, sincere conviction comparable to religious belief, while they saw *mala fides* as a manifestation of *peccatum*.[13] That approach undoubtedly had a strong influence on the legists too.

6 Rainer, *La buona fede (Redlichkeit') nel diritto austriaco*, in: Garofalo (ed.) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, III (2003) 229 ff.

7 Cf. Zimmermann/Whittaker, *Coming to terms with good faith,* in: Zimmermann/Whittaker (eds.) *Good Faith in European Contract Law* (2000) 690 ff. Cardilli, Dajczak, Fiori, Stolfi and Zannini warn of dangers of dualist interpretation: see Garofalo (n. 6) I-IV, cf., with detailed bibliographic data, Földi, *Notion of bona fides'* (n. 2) 603 ff.

8 Cf. Duve in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (eds.) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, II/1 (2007) 287.

9 Nevertheless, in one place (D. 16.3.31pr.), Tryphoninus states that in contracts *bona fides* requires maximum equity ("Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat ..."). In the light of this statement Tryphoninus could imagine more than one type of *bona fides*. But the Roman jurists did not discuss that issue in detail.

10 Massetto, *Buona fede nel diritto medievale*, Digesto[4], Discipline privatistiche, Sezione civile (quoted on the basis of the DVD-edition of 2011).

11 Troje, *Guter Glaube*, HRG I (1971) 1867 states that, as for usucaption, in canon law the *bona fides* of the claimant was reinterpreted, "moralised" and subjectivised. It is very uncertain, however, exactly what subjectivisation meant. The rule *mala fides superveniens nocet* certainly indicates that *bona/mala fides* was treated as a subjective ("psychological") criterion. The glossators discussed in depth questions such as how long a claimant needs to be in *bona fides* in usucaption, cf. below, n. 50.

12 Troje, ibid.; Massetto (n. 10); Rodríguez López, *La bona fides' en los textos cristianos*, in: Garofalo (n. 6) III 255 ff.

13 Troje, ibid.; Gordley, *Good faith in contract law in the medieval ius commune'*, in: Zimmermann/Whittaker (n. 7) 94. The idea of "bona conscientia" has present-day echoes in the phrase "equity and good conscience", which is referred to in the context of courts of arbitration in trade disputes and is contrasted with the "strict rules of law", see Meyer, *Bona fides' und lex mercatoria' in der europäischen Rechtstradition* (1994) 97.

Inasmuch as the meaning of *bona fides* was transformed during the Middle Ages, it is appropriate to speak of its objectivisation. Thus wherever *bona fides* was mentioned in contracts, *aequitas* was emphasised, to the point of sometimes overshadowing *bona fides*,[14] and there was a tendency to equate *bona fides* with equity.[15]

Having studied Roman law, the glossators and commentators undoubtedly used the term *bona fides* in more than one sense,[16] but they usually treated *bona fides* as a unified notion. Studies by James Gordley remind us that, whereas the monist interpretation of *bona fides* characterised medieval thinking in general, we should also take note of certain types of pluralism, which derived from scholastic thinking.[17] For instance, Baldus wrote that *bona fides* may be a criterion in determining whether a contract may serve as basis for a law suit and, if a contract is binding, it may help to determine the scope of a debtor's obligations. In the latter sense, *bona fides* may mean the absence of *dolus* and may refer to the parties' obligations stemming from a contract on the basis of "natural equity" even if the contract is silent about them.[18]

When Franciscus Aretinus (Franciscus de Accoltis, 1418-1486)[19] explicitly expounded a dualist doctrine of *bona fides*, he may have included Baldus' pluralism among his sources. Commenting on the division of actions into *bonae fidei* and *stricti iuris actiones* in Inst. 4.6.28 he wrote as follows:

> Notare autem debes in principio, quod duplex est bona fides. Una quae est contraria dolo et fraudi. Et hoc modo omnes contractus bonae fidei sunt: in omnibus enim debet abesse dolus et fraus. Est et alia bona fides, quae antonomatice vocatur bona fides propter exuberantem fidem quae est in ea. Ab ista bona fide dicuntur contractus in isto § enumerati, bon. fi. Sed domine, quae est exuberantia fidei quae est in ista sive in istis actionibus? Respon. Frater, ex hoc quod in eis multa eveniunt ex bono et aequo, de quibus non fuit actum inter partes. In contractibus autem stricti iuris solum veniunt ea de quibus actum est inter partes ut venirent. De actione depositi quando ipsa sit bonae fidei, nemini venit in dubium quantum ad aliquid. De ipsa tamen dixerunt quidam antiqui, quod simpliciter est

14 Beck, *Zu den Grundprinzipien der bona fides' im römischen Vertragsrecht*, in: *Festgabe August Simonius* (1955) 25.

15 Even the glossators referred to *bona fides* in contract as a synonym for equity, see Gordley (n. 13) 94 ff. Cf. Winkel, *General principles* (n. 1) 114.

16 Massetto (n. 10) writes that the medieval jurists learned about objective *bona fides* from Tryphoninus D. 16.3.31pr. (quoted in detail above, n. 9), while they learned about subjective *bona fides* from Modestinus D. 50.16.109 ("Bonae fidei emptor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse."). I think that other passages may also serve as a basis for the dualist interpretation of *bona fides*, but legal literature coming down to us from before the fifteenth century contains hardly any evidence of its presence.

17 Gordley (n. 13) 94 ff.

18 Baldus, *Commentaria*, ad C. 4.10.4, quoted by Gordley (n. 13) 109 f. Cf. Winkel, *Ratio decidendi* (n. 1) 22; Dajczak, *The Nature of Contract in Reasoning of Civilian Jurists* (2012) 59.

19 Franciscus was highly respected in his own time and subsequently. As stated by Lange/Kriechbaum, *Römisches Recht im Mittelalter. II Die Kommentatoren* (2007) 856, one of the most noteworthy accomplishments of Franciscus was that his *casus* were included in the *Glossa ordinaria*. We agree with the renowned authors that the style of Franciscus' text is reminiscent of the Middle Ages rather than the modern age; however, we think that his statement on the dual character of *bona fides* may have been an absolutely innovative conclusion in his time.

> bonae fidei, in quatuor tamen casibus, puta tumultus, incendii, ruinae, naufragii. Dominus autem Ia.[20] dicit quod actio depositi bonae fidei est.[21] (Let us first of all note that *bona fides* is twofold in meaning. In one of its meanings it is the opposite of fraud and deceit. In that sense all contracts are based on *bona fides* because all of them must be free of fraud and deceit. There is another type that we call *bona fides* proper for the sake of making it more comprehensible because of its correlation with utmost faith. It is with reference to that type of *bona fides* that we call contracts listed in this section as *bonae fidei* contracts. What then is meant by utmost faith that is referred to in actions of this type? We can answer that question by stating that they include many consequences based on equity about which the parties have not agreed in advance. By contrast, in the case of *stricti iuris* contracts, only what the parties have agreed in advance can be taken into consideration. In the case of the action of deposit, that being a *bonae fidei* action, no one doubts that this rule has to be applied. However, as far as this action is concerned, some jurists of old said that it refers only to the basic meaning of *bona fides* with the exception of the occurrence of, for instance, public disturbance, fire, earthquake or shipwreck. But Iason de Mayno is of the view that the action of deposit is a *bonae fidei* action.[22])

Franciscus regards *bona fides* as a twofold notion, yet the way he interprets dualism differs from its modern interpretation as outlined in the introduction to this paper. The first meaning to which Franciscus refers and which he defines as the opposite of *dolus* and *fraus* is far from identical to subjective *bona fides*. Subjective *bona fides* is narrower than that notion because it denotes a concrete state of mind. The second meaning that Franciscus discusses is, however, identical to objective *bona fides*.

As regards the first meaning of *bona fides* mentioned by Franciscus, he is content to give it a negative definition in passing but does not describe it in detail. Conversely, he provides ample information on the second meaning of *bona fides*. *Fides exuberans* may create rights and obligations even though the parties have not agreed to them. That idea is reflected centuries later – as mediated by early modern jurists (e.g. Domat) – in article 1135 of the French *Code civil*[23] and § 863 of the original text of the Civil Code of Austria.[24]

It may seem surprising that Franciscus specifically mentions deposit as an example of *fides exuberans*,[25] which under Roman law could only be free of charge; consequently, a debtor would only be liable for *dolus* and *culpa lata*. When seeking an explanation for

20 According to the friendly information by Andrea Landi the abbreviation refers to Iason de Mayno (1435-1519).

21 Quoted from *Glossa ordinaria* using the following edition: *Institutionum sive Primorum totius iurisprudentiae elementorum libri quattuor* (Lugduni 1572) 491.

22 The translation above and the ones that follow below are not literal translations but are interpretative ones.

23 Desgorces, *La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives* (1992) 19.

24 Cf . Rainer (n. 6) 234.

25 *Fides exuberans* appears in common law in the form of *uberrima fides*. In the case of contracts *uberrimae fidei* (e.g. insurance contracts) the parties have a greater obligation to share all relevant information, see Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract* (1995[5]) 254.

that, we can turn to Tryphoninus who says in connection with deposit that *bona fides* as the backbone of contracts requires maximum equity.[26]

Overall, we have good reason to appreciate Franciscus' text because it is submitted that he was the first author to give a dualist interpretation of *bona fide*s. As against modern dualism, we can refer to this as a "protodualist interpretation". In our view, Franciscus' protodualism prepared the ground for a modern dualist interpretation of *bona fides*, which was to follow in the not too distant future.

Although Franciscus' protodualism apparently gained ground only slowly and to a limited degree,[27] modern dualist interpretations of *bona fides* emerged in the second half of the sixteenth century. Gian Paolo Massetto has pointed out that Juan Medina (1490-1547) a Spanish theologian and jurist, was a pioneer in that he distinguished two meanings of *bona fides*. Medina called subjective *bona fides* "speculativa" and wrote about it as follows:

> [p]ro scientia seu credulitate, qua quis credit ... non alienum, sed suum esse, quod possidet ... aut se debitorem alicuius rei esse.[28] (*Bona fides*, in terms of thinking or believing, means that somebody thinks that the thing he possesses does not belong to someone else but is his own ... or he thinks that he is a debtor in a certain obligation.)

Medina called objective *bona fides* "practica" and wrote about it as follows:

> [p]ro conscientia quae dictat quid agendum, quid non agendum, aut quid liceat agere, quid non; quid liceat retinere, quid non ... .[29] (*Bona fides* in terms of conscience[30] determines what is to be done and what is not to be done, what may be done, what not; what may be retained, what not ... .)

The innovative aspects of Medina's statement are, firstly, that going beyond Franciscus' negative definition concerning one of the meanings of *bona fides* (the absence of *dolus*), he pointed out the positive (psychological) content of subjective *bona fides* and, secondly, he juxtaposed two categories of *bona fides* as manifested in thinking and action.

Medina's argument is also innovative because he is not concerned with contract law only. In relation to subjective *bona fides*, he also considers the acquisition of property and, in relation to objective *bona fides*, he deals with a broad range of acts of legal relevance.

Rebuffus (Pierre Rebuffi, 1487-1557)[31] expounded a modern dualist interpretation similar to that of Medina:

26 See n. 9 above.

27 This is somewhat strange because the above text, alongside other statements of Franciscus, was incorporated in the *Glossa ordinaria.* Consequently, as from the sixteenth century, the subject indexes attached to the printed editions of the *Corpus iuris glossatum* included an entry that referred to the dual character of *bona fides*, at least the index of the edition referred to above (n. 21) contains such an entry ("Bona fides est duplex").

28 Medina, *De paenitentia, restitutione et contractibus*, II (1590) 177, quoted by Massetto (n. 10).

29 Medina, ibid., quoted by Massetto (n. 10).

30 As pointed out above, identifying *bona fides* with conscience is an idea that is rooted in canon law.

31 Rebuffus excelled in analytical thinking: see Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996[3]) 833.

> [Bona fides] duobus modis vocatur ... Primo cum quis ignorat rem esse alienam, utpote quia putabat vendentem esse dominum; vel si alienam esse sciret, tamen putabat venditorem ius vendendi habere … Bona fide agere dicitur, qui sine ullo dolo et figmento, vere atque diligenter agit, quod agendum suscepit.[32] ([*Bona fides*] has two meanings ... We speak of it, first, when someone is unaware that a thing belongs to someone else, for instance because he thought that the seller was the owner, or he knew that the thing belonged to someone else but thought that the seller was entitled to sell it … A person is said to act *bona fide* if he fulfils the obligation that he has entered into without any fraud or deceit, as well as honestly and prudently.)

Like Medina, Rebuffus considers not only contract law, but, in respect of objective *bona fides*, a broad range of acts of legal relevance. However, here Rebuffus does not engage in an analytic discussion as Medina did but, by means of the phrase *bona fide agere*, refers to all possible legal relations.

Let us add that unlike Medina's interpretation of subjective *bona fides*, which has medieval and partly theological roots, that of Rebuffus is clearly inspired by Roman law, and specifically by Modestinus D. 50.16.109.[33] Rebuffus' use of the expression *bona fide agere* also shows the influence of Roman-law phraseology.[34]

Although Donellus, too, propounds a dualist view, his dualism to some extent demonstrates a return to Franciscus' "protodualist" interpretation:

> Bona fides … duobus modis consideratur: uno modo, ut praestetur alteri ex contrahentibus quod ex bono et aequo praestari oportet, etiamsi de eo praestando aperte nihil convenerit. Altero modo consideratur in hoc, ut nihil fiat contra bonam fidem, id est nihil dolo malo, nihil metu. Et si quid contra factum sit, ne ratum sit quod ita gestum est. Priore modo bona fides consideratur tantum in contractibus bonae fidei.[35] (We speak of *bona fides* ... in two senses: in the first sense it means that a party to a contract has to do for the other party whatever he has to do on the basis of equity. The second meaning requires that nothing should be done that contradicts *bona fides*, that is, there should be no fraud or duress. And if anything has been done contrary to *bona fides*, it should be considered invalid. *Bona fides* as construed in the first sense only plays a role in *bonae fidei* contracts.)

Like Franciscus before him, Donellus interprets the two types of *bona fides* in regard to contracts only. He does not describe subjective *bona fides* in positive terms but in negative ones (the absence of *dolus* and *metus*). Nevertheless, there are conspicuous differences between his arguments and those of Franciscus. Firstly, Donellus reverses the order. Unlike Franciscus, Medina or Rebuffus, he begins with objective good faith and only after that discusses the other type of *bona fides* that is contrary to *dolus* and

32 Rebuffus, *In tit. Dig. de verborum et rerum significatione commentaria* (1614) 400 ff., quoted by Massetto (n. 10).

33 For this text see n. 16 above.

34 On the meaning and importance of *bona fide agere*, see Talamanca, *La bona fides' nei giuristi romani*, in: Garofalo (n. 6) IV, 248 ff.

35 Donellus, *Opera omnia*, VII (1765) 830 ff., quoted by Luchetti/Petrucci (eds.) *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference'*, I (2010) 39.

metus. Donellus seems to have followed a logical approach when discussing legal issues.[36] Besides, reversing the order was justified by historical considerations.[37] There is a further difference: Donellus writes of the criteria of *bona fides* in its second sense in more general terms, and also refers to the aspect of validity.

It seems there were few followers of dualism at that time; nor could it gain wide currency during the ensuing three centuries. Like those of earlier times, the majority of the sixteenth-century jurists were probably either monists (e.g. Budé, Sozzini),[38] or were conscious (Bargagli, Covarruvias) or less conscious (Cuiacius, Stracca) pluralists.

As for the conscious pluralists, Brissonius may also be called a "trialist". Declaring in advance that the term *bona fides* is used in various senses,[39] he defines three clearcut meanings: (subjective) *bona fides* being the opposite of *mala fides*,[40] *bona fides* that is of crucial importance in all contracts and that he regards as the opposite of *fraus, dolus, astutia(e)* and *malitia(e)*[41] and, finally, *bona fides* that is synonymous with *bonum et aequum* and applies in *bonae fidei* actions.[42] Brissonius offers a detailed discussion of all three meanings. In his in-depth analysis not even the notion of subjective *bona fides* seems to be a homogeneous category.[43]

Also Celso Bargagli († 1593) seems to expound a pluralist interpretation when he states that "bonae fidei verbo plura continentur".[44]

Cuiacius' pluralism seems to be less conscious. His commentary on Papinianus D. 46.6.12. appears to suggest that he was a pluralist:

> Quid igitur est bona fides? Hoc loco est aequitas arbitri et officium boni viri, hoc est bona fides quam bonus vir existimaturus est. Arbiter et bonus vir idem est.[45] (What then is *bona fides*? In this case it means the equity of the judge and the duty of the honest man, that

36 Cf. Stein, *Roman Law in European History* (1999) 81.

37 *Bona fides* was originally an objective notion. Its subjective interpretation emerged not earlier than late preclassical law. Cf. recently Behrends, *Zum Beispiel der gute Glaube!*, in: *Festschrift Bruno Huwiler* (2007) 30.

38 The long domination of (naive) monism is eloquently illustrated by Tuschius' survey of literature, *Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*, I (1605), 554 ff.; II, (1605) 337. The collection of quotations of encyclopedic dimensions by Cardinal Domenico Toschi offers a survey of interpretations of *bona fides* by the glossators, commentators and jurists of his own era. In that survey no explicit reference can be found to the various meanings of *bona fides*.

39 "Bonae fidei verbum varie sumitur". Brissonius, *De verborum quae ad ius pertinent significatione* (1578) 77.

40 Idem 77 ff.

41 Idem 78 f.

42 Idem 79-81.

43 In the revised edition of Brissonius' work (Brissonius/Tabor/Itter 1683) the number of sources referred to increased but the difference between the various meanings seems to have been somewhat blurred. Unlike Brissonius, Tabor and Itter (op. cit. 162) cite the passage from Tryphoninus D. 16.3.31 (cf. n. 9) in order to illustrate the second meaning rather than the third one. Note that this text, in line with Brissonius' plausible method, would better illustrate the third meaning.

44 Bargalius, *Tractatus de dolo* (1604) 702, quoted by Massetto (n. 10).

45 Cuiacius, *Opera*, IV (1777) 295.

> is, *bona fides* is what an honest person considers it to be. The judge and the honest man mean the same.)

It is submitted that the phrase "hoc loco" permits the conclusion that in other contexts Cuiacius could have attributed other meanings to *bona fides*. However, it is not easy to know precisely what other meanings Cuiacius attributed to *bona fides*. In connection with C. 4.46.2, which refers to subjective *bona fides* – Cuiacius speaks of "sincera fides" (obviously inspired by the views of the canonists), then, not entirely consistently, he discusses the differences between *bonae fidei* and *stricti iuris* actions.[46] His other analyses also lead one to question whether he had a definite opinion on the character of *bona fides*. Commenting on Modestinus D. 50.16.109, Cuiacius discusses the subjective character of the buyer in compliance with the text,[47] but omits to say that this meaning of *bona fides* differs, e.g., from "arbitrium boni viri" with which he equated *bona fides* in some places ("nam idem est bona fides et arbitrium boni viri").[48] Significantly, Cuiacius argues that *bona fides* excludes both *dolus* and *culpa*.[49] In that respect it is highly unlikely that Cuiacius would have considered a possessor's error caused by negligence to have excluded subjective *bona fides*.

Covarruvias – also called "Bartolus of Spain" – gave a pluralist interpretation to *bona fides*. Discussing *dubium*, which has been a controversial issue in the assessment of *bona fides* in the *ius commune*,[50] Covarruvias aptly writes:

> Sunt enim et alii colores medii inter album et nigrum atque ideo ad negationem unius coloris non sequitur positio alterius contrarii.[51] (Since there are colours [i.e. especially doubt] between white [i.e. good faith] and black [i.e. bad faith] the denial of one colour does not signify the approval of another.)

Benvenuto Stracca (1509-1578) also seems to have been a pluralist if we consider his statement that the type of *bona fides* that should usually be considered in dealings among tradesmen runs contrary to the rigid and formal interpretation of statutes.[52]

Finally let us make some general observations. The Roman jurists never contrasted the objective and subjective aspects of *bona fides*, yet they provided an ample basis on

46 Idem VIII (1780) 1068.

47 Idem VIII (1780) 538.

48 Idem IV (1777) 512.

49 Idem IX (1781) 457.

50 Accursius (Gl. ad C. 7.32) pointed out that whoever is not acting in *bona fides* is not necessarily acting in bad faith. Like Covarruvias, Accursius argued that a *bonae fidei possessor* thinks that he is an owner whereas a *malae fidei possessor* is certain that he is not an owner. Doubt is a third state of mind as compared to good faith and bad faith. Doubt, if it was not present at the start of possession and assuming *bona fides*, did not – according to the mainstream interpretation – prevent usucaption. By contrast, a possessor who had doubts right from the outset was not entitled to usucaption, but to acquire the fruits only. See Massetto (n. 10). As pointed out by Repgen, *Guter Glaube*, HRG II^2 (2012) 622, the presumption of *bona fides* considerably reduced the practical importance of the said controversies. It is hardly accidental that in German law even today *guter Glaube* in usucaption is determined according to similar considerations, cf. Baur et al., *Sachenrecht* (2009^{18}) 741.

51 Covarruvias, *Opera omnia* (1594) 395, quoted by Massetto (n. 10).

52 Stracca, *Tractatus de mercatura seu mercatore* (1553) VII 2, quoted by Meyer (n. 13) 64.

which those coming after them might do so.[53] However, in the Middle Ages and in the early modern age the majority of jurists interpreted *bona fides* in a monist manner, that is to say, in a "naive monist" way, thus ignoring the differences between the various meanings. It should be emphasised that "naive monism" is preferable to "subjective monism", which distorts or even falsifies the essence of *bona fides* and which was unknown prior to the modern age.

During the early modern age, when the need arose to define *bona fides*, a certain type of objective monism appears to have become dominant, whose advocates unhesitatingly equated *bona fides* with *aequitas*. One of those jurists was Guillaume Budé,[54] the famous French humanist. Benincasius similarly categorically declared that "bona fides nihil aliud est quam aequitas iuris gentium".[55] Mariano Sozzini (Soccini, 1482-1556) may also be called an early objective monist, who defined the meaning of *bona fides* on the basis of canon law and the precept *suum cuique tribuere*.[56]

In the course of my (limited) research so far I have not found indications that the (proto)dualist interpretation of *bona fides* appeared before the fifteenth century. The dualist interpretation of *bona fides* first appeared, in the form of protodualism, probably in a work by Franciscus Aretinus in the second half of the fifteenth century. Modern dualism emerged in the first half of the sixteenth century in works by Medina and Rebuffus. Donellus was also a dualist but his interpretation resembles Franciscus' protodualism. More than three centuries passed before the modern dualist interpretation gained wide currency. That is probably because the majority of humanists and later also a number of pandectists had an aversion to classifications of a scholastic type that lacked some firm source. Such caution favoured the monist or pluralist interpretation of *bona fides*.

The progress that led from the sixteenth-century antecedents to the triumph of dualism since the end of the nineteenth century may form the subject of another paper.

Abstract

The dualist interpretation of good faith *(bona fides)* clearly distinguishes subjective good faith (*guter Glaube, goede trouw*) from objective good faith (good faith and fair dealing, *Treu und Glauben, redelijkheid en billijkheid*). The Roman jurists never contrasted these aspects. Even in the Middle Ages and in the early modern age the majority of jurists interpreted good faith in a monist manner. The dualist interpretation of good faith first appeared – in the form of a certain "protodualism" which was different from the modern dualist interpretation outlined above – probably in a work by Franciscus Aretinus in the

53 Nevertheless, renowned scholars (Bruns in the nineteenth century, and recently Söllner) have maintained that in Roman law the possessor's *bona fides* never had a subjective meaning, cf. Földi, Osservazioni (n. 2) passim.

54 Budaeus, *Annotationes in XXIII Pandectarum libros* (1546) 9 f., quoted by Massetto (n. 10).

55 Benincasius, *Ad titulum De actionibus' interpretatio* (1561) 198[109], quoted by Massetto (n. 10). Cf. Coing (ed.) *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1 (1977) 406.

56 Socinus, *Prima pars consiliorum* (1550) 36.9, quoted by Massetto (n. 10).

second half of the fifteenth century. Modern dualism appeared in the first half of the sixteenth century in works of Medina and Rebuffus. Donellus' dualism was similar to Franciscus' protodualism. More than three centuries passed before modern dualism gained wide currency after the publication of Wächter's monograph in 1871. That is probably because the majority of humanists and subsequently also a number of pandectists had an aversion to classifications of a scholastic type lacking some firm source. Such caution favoured the monist or pluralist interpretation of good faith.

AND THEN THERE WERE THREE: DRITTSCHADENSLIQUIDATION NACH DEM ERSTEN KAPITEL DER *LEX AQUILIA*?

Richard Gamauf*

1. Ausgangspunkt

Die *societas ad quadrigam vendendam*, die Cornelius Felix eingegangen war, gehört zu den bekanntesten Fallgestaltungen des römischen Gesellschaftsrechts.[1]

> D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 ed.) *Si id quod quis in societatem contulit exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit. tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus*.

Cornelius Felix, der ein Pferd hatte, und sein *socius*, dem drei gehörten, hatten den Verkauf einer *quadriga* beabsichtigt. Dies wurde durch den Tod von Cornelius Felix' Pferd unmöglich, und die *societas ad vendendum* erlosch. Am Erlös der verbliebenen Pferde hätte Celsus den Cornelius Felix nur unter der Voraussetzung partizipieren lassen, dass eine Parteienabsicht (*id quod actum est*)[2] für den Betrieb einer *quadriga* (*societas ad habendum*)[3] oder für die Begründung von Miteigentum zu erweisen wäre.

Die Ursache des Todes war für die Entscheidung nur insoweit relevant, als Verschulden[4] eines *socius* ein anderes Problem aufgeworfen hätte. Die unspezifische Formulierung *mortuus* bietet zu einer solchen Annahme keinerlei Veranlassung.

1 Vgl. dazu F.-St. Meissel, *Id quod actum est* beim römischen Gesellschaftsvertrag, FS Hausmaninger (2006) 182ff.

2 Vgl. H. Hausmaninger, *Id quod actum est* als Argumentationsfigur bei Celsus, FS Wesener (1992) 163f., 175; U. Babusiaux, Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß (2006) 226f.

3 Zur Rekonstruktion des Geschäftsmodells und möglichen Gründen für Unklarheiten über den Gesellschaftszweck s. R. Gamauf, *Pro virtute certamen* Zur Bedeutung des Sports und von Wettkämpfen im klassischen römischen Recht, in: K. Harter-Uibopuu/Th. Kruse (Hg.), Sport und Recht in der Antike. Beiträge zum zweiten Wiener Kolloquium zur Antiken Rechtsgeschichte (erscheint 2014).

4 D. 17,2,52,2 (Ulp. 31 ed.) *Celsus libro septimo digestorum ita scripsit socios inter se dolum et culpam praestare oportet.*

* Außerordentlicher Professor, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität Wien.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 322-335

Dennoch kann die Grundsituation von D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 ed.) als Ausgangspunkt für Überlegungen dienen, wie in einer *societas* ohne Miteigentum Nachteile aus einer schuldhaften Tötung durch einen Dritten ersetzt worden wären: Zwischen den *socii* hätte eine solche gleichfalls als Zufall gegolten;[5] der Schädiger aber hätte aus der *lex Aquilia* gehaftet. Nimmt man beispielsweise an, dass die vollständige *quadriga* 6.000, die Einzelpferde jeweils 1.000 wert waren, dann erlitt die *societas* einen Vermögensnachteil von 3.000. Die Klagslegitimation zur *actio legis Aquiliae* richtete sich nach der Rechtslage bezüglich des Gesellschaftsvermögens:[6] Bei sachenrechtlicher Vergemeinschaftung wären die *socii* als Miteigentümer des Pferdes gemeinsam bzw. anteilsmäßig zur *actio legis Aquiliae* klagslegitimiert gewesen[7] und hätten vom Schädiger insgesamt 3.000 fordern können. Im Falle einer schuldrechtlichen Vergemeinschaftung wie in D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 ed.) gehörte das getötete Pferd Cornelius Felix allein, und nur er hätte klagen können. Wie der Schaden in einem solchen Fall zu berechnen gewesen wäre, zeigen:

> Gai. 3,212: … *Item si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque conputatur, quod ceteri qui supersunt, depretiati sunt. idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit.*
>
> IJ. 4,3,10: … *Item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus: non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt qui supersunt.*
>
> D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.) *Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.*

Der Ersatz setzte sich aus dem Wert des getöteten Quadrigapferdes (1.500) und der Wertminderung der verbliebenen Tiere (1.500) zusammen: *id quod ceteri depretiati sunt – quanto depretiati sunt qui supersunt – quo cetera corpora depretiata sunt.* Für die *condemnatio* hätte der Richter zum Wert von Cornelius Felix' Pferd die Wertminderung der verbliebenen Tiere addieren müssen. Diese Summe hätte als Surrogat des Pferdes das Gesellschaftsvermögen wieder auf die Ausgangshöhe von 6.000 gebracht;[8] davon hätten

5 D. 13,6,19 (Iul. 1 dig.); D. 19,2,41 (Ulp. 5 ed.); R. Zimmermann, The Roman Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (1990, repr. 1996) 193ff. Ein vergleichbarer Ablauf liegt D. 17,2,52,4 (Ulp. 31 ed.) zugrunde.

6 Zu den Gestaltungsmöglichkeiten vgl. F.-St. Meissel, Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages (2004) 230ff.; A.M. Fleckner, Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptuellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft (2010) 346ff.

7 D. 9,2,19 (Ulp. 18 ed.) und D. 9,2,20 (Ulp 42 Sab.); D. 9,2,27,2 (Ulp. 18 ed.); H. Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia[5] (1996) 38.

8 Das ergibt *mutatis mutandis* z.B. D. 17,2,67 pr. (Paul. 32 ed.) *Si unus ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet …* ; D. 17,2,74 (Paul. 62 ed.) *Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune sed societatis iudicio cogitur rem communicare.* S. Meissel (Fn. 6) 258; Fleckner (Fn. 6) 351.

die *socii* bei der Aufteilung 1.500 bzw. 4.500 erhalten. Voraussetzung dieses Ergebnisses wäre jedoch gewesen, dass Cornelius für den Wertverlust der fremden Pferde Ersatz erhalten hätte.

Kam die Berechnungsmethode von Gai. 3,212, IJ. 4,3,10 und D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.) hingegen nur zur Anwendung, wenn das Ensemble einer Person gehörte (was keiner der Texte explizit voraussetzt!),[9] hätte Cornelius Felix nur den Wert seines Quadrigapferdes (1.500) bekommen können. Zur Geltendmachung der Wertminderung der anderen Pferde fehlte ihm die Aktivlegitimation; sein *socius* wiederum hätte mangels *occidere* an einem seiner Tiere keine *actio legis Aquiliae* und, da sein Verlust ohne Substanzverletzung und ebensowenig durch Sachverlust eingetreten wäre,[10] auch keine *actio in factum*.

Die innere Ausgestaltung der *societas*, die in D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 ed.) nicht einmal für die *socii* eindeutig war, entschied, ob der Schädiger einen Teil (1.500 – bei schuldrechtlicher Vergemeinschaftung) oder den gesamten verursachten Schaden (3.000 – bei Miteigentum) zu ersetzen hatte.

Weiters wäre Cornelius Felix bei schuldrechtlicher Vergemeinschaftung selbst im Falle vollen Obsiegens nicht ohne Vermögensnachteil geblieben: Die erstrittenen 1.500 fielen in das Gesellschaftsvermögen: Insgesamt machte dieses 4.500 aus; sein Anteil daran betrug 1.125. Richtete sich die Verlust- und Gewinnverteilung nach dem eingebrachten Vermögen (1:3) – traf ihn ein Viertel (375) des (nicht einklagbaren!) Schadens der *societas* (1.500). Mit anderen Worten, der *socius*, welchem das in die *societas* eingebrachte Pferd gehörte, erlitt aus dessen Tötung nur dann keinen Verlust, wenn zugleich die *societas* keinen Nachteil davontrug. Diese Konsequenz wäre leicht vermeidbar gewesen,[11] wenn der Richter dem klagenden Eigentümer genauso bei schuldrechtlicher Vergemeinschaftung die Entwertung der anderen Pferde zusprechen hätte können, wie es bei sachenrechtlicher Vergemeinschaftung der Fall gewesen wäre.

Dieser Sichtweise kann natürlich der Einwand begegnen, dass die *actio legis Aquiliae* nur den Eigentümer vor Verlusten schützen sollte, und für die Ensemblefälle ungeachtet der von den Juristen gewählten Formulierungen vorauszusetzen ist, dass die Gruppe im Alleineigentum des Klägers stand. Davon geht die Literatur durchgängig aus.[12]

9 Der Antecessor Theophilus ergänzte zu allen Fällen das Alleineigentum am Kollektiv (Theoph. 4,3,10); in Bas. 60,3,22 (Heimbach 5,281; Scheltema 8,2755) fehlt ein entsprechender Zusatz. Für die Glosse ist das eine denkbare Folgerung aus *eius*.

10 S. die Fälle bei Hausmaninger (Fn. 7) 18.

11 Daran, dass die Ersatzfähigkeit jedes Schadens noch kein römischer Grundsatz war, erinnert T. Wallinga, *Actio legis Aquiliae* – Buße oder Schadensersatz?, FS Knütel (2009) 1365.

12 Soweit ersichtlich, problematisiert die Frage nur E.A. Daubermann, Die Sachgesamtheit als Gegenstand des klassischen römischen Rechts vornehmlich unter dem Blickwinkel von Veränderungen in ihrer Zusammensetzung (1993) 144f. Dieser kommt aber zum Schluss, dass Schadenersatz „lediglich dem Eigentümer des getöteten Sklaven oder Tieres zuzubilligen“ sei und die Juristen den „Fall der Beteiligung mehrer Eigentümer wohl nicht im Blick hatten“. In Fn. 28 plädiert er mit Blick auf D. 17,2,58 pr. inkonsequenterweise dann doch dafür, dass „der Kläger den vollen Wertverlust der Sachgesamtheit geltend machen“ konnte. M. Ducos, La condition des acteurs à Rome. Données juridiques et sociales, in: J. Blänsdorf (Hg.), Theater und Gesellschaft im Imperium Romanum – Théâtre et société dans l’empire romain (1990) 24 nennt die *lex Aquilia*-Texte in Verbindung mit Ciceros Rede *Pro Roscio*, ohne die Frage zu thematisieren.

2. Anwendungsfälle

Die in Gai. 3,212, IJ. 4,3,10 oder D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.) genannten Beispiele[13] tauchen (z.T. sogar gemeinsam)[14] in anderen Problemzusammenhängen auf: Aus der Zusammengehörigkeit von Zwillingen,[15] musikalischen Unterhaltungs-[16] bzw. Schauspielerensembles,[17] Maul- und Zugtierpaaren[18] oder Quadrigen[19] resultierende Fragen werden ebenso in sachen-, schuld- und erbrechtlichen Zusammenhängen erörtert. Bei den in diesen Fällen genannten Sklaven handelte es sich durchwegs um ausgesprochene Luxusgegenstände:[20] Zwillinge waren teuer und stellten daher Statussymbole dar, die man bei Gastmählern präsentierte,[21] genauso wie die bei diesen Gelegenheiten eingesetzten Orchester,[22] Theater- und anderen Unterhaltungsensembles.[23]

13 Vgl. A. dell'Oro, Le cose colletive nel diritto romano (1963) 17ff. (Tiergruppen), 62ff. (Sklavenensembles, Zwillinge).

14 D. 21,1,38,14 (Ulp. 2 ed. aed. cur.).

15 Vielleicht auch in D. 21,1,39 (Paul. 1 ed. aed. cur.).

16 D. 21,1,34 pr. (Afr. 6 quaest.); D. 32,79 (Cels. 9 dig.).

17 D. 21,1,34 pr. und 1 (Afr. 6 quaest.); D. 21,1,38,14 (Ulp. 2 ed. aed. cur.).

18 D. 21,1,38 pr., 13, 14 (Ulp. 2 ed. aed. cur.); D. 21,1,34,1 (Afr. 6 quaest.).

19 D. 7,4,10,8 (Ulp. 17 Sab.); D. 7,4,11 (Paul. 3 Sab.); D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 ed.); D. 21,1,34,1 (Afr. 6 quaest.); D. 21,1,38,14 (Ulp. 2 ed. aed. cur.); D. 31,65,1 (Pap. 16 quaest.); D. 45,1,29 (Ulp. 46 Sab.).

20 Dasselbe trifft für Maultiere zu; s. J.N. Adams, The Generic Use of *mula* and the Status and Employment of Female Mules in the Roman World, RhMus 136 (1993) 45ff.; zur Verwendung als Zugtiere J.M.C. Toynbee, Animals in Roman Life and Art (1973) 185ff.

21 Siehe J. Bodel, Slave Labour and Roman Society, in: K. Bradley/P. Cartledge (Hg.), The Cambridge World History of Slavery I: The Ancient Mediterranean World (2011) 313. Antonius kaufte einmal „Zwillinge" um 200.000 Sesterzen (Plin. n.h. 7,56: *Toranius mango Antonio iam triumviro eximios forma pueros, alterum in Asia genitum, alterum trans Alpis, ut geminos vendidit*).

22 N. Horsfall, „The Uses of Literacy" and the *Cena Trimalchionis* II, Greece & Rome 36 (1989) 198: „[M]usic at dinner was altogether normal in early imperial Rome and large households regularly contained specialist musicians." S. zusätzlich H. Leppin, Histrionen. Untersuchungen zur sozialen Stellung von Bühnenkünstlern im Westen des Römischen Reiches zur Zeit der Republik und des Principats (1992) 54; A. Demandt, Das Privatleben der römischen Kaiser (1996) 47f.; zu Petronius G. Schmeling, A Commentary on the *Satyrica* of Petronius (2011) im Register s.v. music; zu Theatermusikern P. Wilson, The musicians among the actors, in: P. Easterling/E. Hall (Hg.), Greek and Roman Actors. Aspects of an Ancient Profession (2002) 66f.; E. Caspo, Actors and Icons of the Ancient Theater (2010) 183f.; G. Manuwald, Roman Republican Theatre (2011) 89f.

23 Zu privaten Theatergruppen und deren Verwendung E.J. Jory, Associations of Actors in Rome, Hermes 98 (1970) 244f. und Ducos (Fn. 12) 24; zu Schauspielern als Statussymbole Caspo (Fn. 22) 184ff. Vgl. dazu D. 38,1,25,1 (Iul. 65 dig.), wo ein Freilasser zu arm ist, um weitere Künstler zu engagieren, und daher die *operae* eines Pantomimen nicht für sich in Anspruch nehmen könnte: *Nam si quis pantomimum vel archimimum libertum habeat et eius mediocris patrimonii sit, ut non aliter operis eius uti possit quam locaverit eas, exigere magis operas quam mercedem capere existimandus est …* . Vgl. W. Waldstein, Operae libertorum. Untersuchungen zu den Dienstpflichten freigelassener Sklaven (1986) 279f. Zum *pantomimus* vgl. Schmeling (Fn. 22) 111; zum *archimimus* R.C. Beacham, The Roman Theatre and its Audience (1991) 132; zu den verschiedenen Bezeichnungen Leppin (Fn. 22) 13ff.

Rechtstexte problematisieren den exorbitanten Wert von „Unterhaltungsstars“.[24] Diesen illustriert weiters ein Bericht des älteren Plinius,[25] wonach einige Darsteller im ersten Jahrhundert[26] über 700.000 Sesterzen für ihre Freilassung zahlten und der Schauspieler Roscius jährlich 500.000 Sesterzen verdient haben soll. Solche Erträge,[27] die beispielsweise durch Vermietung[28] erzielt wurden, erklären die hohe ökonomische Bewertung[29] derartiger Sklaven. Zur Erhaltung ihrer geschätzten Fähigkeiten durften hochspezialisierte Künstler von Nießbrauchern nicht zu anderen (selbst ungefährlichen) Tätigkeiten herangezogen werden.[30] Nach einer Freilassung wurden solche Dienste weiterhin als *operae* in Anspruch genommen.[31]

Eine derartige Ausbildung[32] mag mitunter die ökonomischen Möglichkeiten eines Herrn überstiegen und zum Zusammenschluss mit einem Partner geführt haben.[33] In einer solchen Situation vertrat Cicero 76 v. Chr. den Schauspieler Q. Roscius Gallus[34] in einem Prozess[35] gegen dessen Mitgesellschafter C. Fannius Chaerea, in einer vergleichbaren Angelegenheit: Roscius und Fannius waren als *socii* Miteigentümer

24 D. 12,4,3,5 (Ulp. 26 ed.); D. 19,1,43 (Paul. 5 quaest.) ... *plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem.* Dazu D. Nörr, Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19.1.43 sq.) (2000) 119ff. Zur Ausbildung eines Sklaven zum Schauspieler als Investition vgl. Caspo (Fn. 22) 182f.

25 Plin. n.h. 7,128f.

26 S. auch D. 12,4,3,5 (Ulp. 26 ed.) … *Neratius etiam libro membranarum refert Paridem pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetisse per iudicem nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset.*

27 Quellen bei L. Friedländer/O. Wissowa, Darstellungen aus der Sittengeschichte Roms in der Zeit von August bis zum Ausgang der Antonine II^{9} (1920) 140f.; vgl. auch Beacham (Fn. 23) 131; Caspo (Fn. 22) 184; relativierend dagegen O. Navarre, Histrio, in: Ch. Daremberg/E. Saglio (Hg.), Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines III/1 (1899) 224f. und B. Warnecke, Histrio, RE 8 (1913) 2119.

28 D. 32,73,3 (Ulp. 20 Sab.); D. 38,1,25,1 (Iul. 65 dig.); dazu Caspo (Fn. 22) 184. Zur Organisation des Theaterwesens meint Jory (Fn. 23) 247, dass *locatores* entweder zwischen den Gruppen und den Spielegebern vermittelten oder eigene Truppen unterhielten. S. auch Leppin, Histrionen (Fn. 22) 49ff., 177f.; P.G.McC. Brown, Actors and actor-managers at Rome in the time of Plautus and Terence, in: Easterling/Hall (Fn. 22) 225ff.; Manuwald (Fn. 22) 80ff.

29 Vgl. Fn. 24 und 36.

30 D. 7,1,15,1 (Ulp. 18 Sab.); D. 7,4,12,1 (Ulp. 17 Sab.). S. auch Ducos (Fn. 12) 24 und St. Knoch, Sklavenfürsorge im römischen Reich (2005) 172.

31 D. 38,1,7,5 (Ulp. 28 Sab.); D. 38,1,25,1 (Iul. 65 dig.); D. 38,1,27 (Iul. 1 ex Minic.); D. 40,12,44,2 (Ven. 7 act.); vgl. Waldstein (Fn. 23) 282f., 279f.

32 Zur Ausbildung einer Bühnenkünstlerin s. CIL 6,10096 = ILS 5213; für einen Lehrvertrag für einen Musiker vgl. BGU IV 1125; dazu Caspo (Fn. 22) 201 in Fn. 126.

33 In Schol. ad Pers. Sat. 5,9 wird berichtet, dass der von Nero freigelassene *tragoedus* Glyco seinem Hälfteeigentümer Virgilius, selbst ein Schauspieler, 300.000 Sesterzen einbrachte.

34 Zu dessen Karriere Manuwald (Fn. 22) 88f.

35 Vgl. Meissel (Fn. 6) 56f.

des von Roscius im Schauspiel ausgebildeten Sklaven Panurgus,[36] als ihn ein gewisser Q. Flavius erschlug. Dieser überließ Roscius zum Ersatz ein Grundstück im Wert von 200.000 Sesterzen, wovon Fannius seinen Anteil einforderte.

Einen zusätzlichen Hinweis auf *societates*, die im Hinblick auf Kosten und Gewinnaussichten des römischen Theaterbetriebs gegründet wurden, bietet der Prolog von Plautus' *Asinaria*: Dort bittet der Sprecher um gutes Gelingen „für diese Truppe, die Herren und die Veranstalter".[37] Aufgeführt wurde das Stück demnach von einer Schauspielgruppe (*grex*),[38] deren Mitglieder mehreren Eigentümern gehörten.[39]

Nicht anders war die ökonomische Ausgangslage im römischen Rennbetrieb.[40] Die *societas* des Cornelius Felix wollte aus vier Pferden eine *quadriga* machen, was möglicherweise jahrelanges, kostenintensives Training erforderte, um sie danach an einen Rennveranstalter, vielleicht eine der Zirkusparteien, zu verkaufen. Es gab daneben Gesellschaften, die ein anderes Geschäftsmodell (*ad habendam quadrigam*) verfolgten und Gewinn aus dem Betrieb von Gespannen zogen. Bei Tötung eines Pferdes verloren sie eine einsatzfähige *quadriga* und erlitten erhebliche Verluste. Als Täter kamen für solche Situationen die Anhänger von Zirkusparteien in Frage: Die manchmal grenzenlos fanatischen „tifosi"[41] sehnten, wie Fluchtäfelchen eindrucksvoll zeigen,[42] den Untergang der gegnerischen Gespanne herbei. Ihnen war auch zuzutrauen, dass sie die Pferde der Gegner mit handfesten Mitteln außer Gefecht zu setzen versuchten.

Die Sachverhalte der „Ensemblefälle" verbindet also, dass sie durchgehend besonders wertvolle Gruppen von Sklaven oder Zugtieren betrafen, für deren Aufbringung und Unterhaltung zuweilen *societates* gebildet wurden. Das hier skizzierte Problem war also mit großer Wahrscheinlichkeit praxisrelevant.

3. Grundentscheidung: *Quadriga* oder Pferd?

Gai. 3,212, IJ. 4,3,10 und D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.)[43] gehören zur Schadensberechnung nach dem ersten Kapitel der *lex Aquilia*. Die Juristen sahen nicht das Ensemble, sondern

36 Cic. Q. Rosc. 28: *Quid erat enim Fanni? corpus. quid Rosci? disciplina. facies non erat, ars erat pretiosa. ex qua parte erat Fanni, non erat HS ∞, ex qua parte erat Rosci, amplius erat HS* CCCIↃCCC IↃCC*; nemo enim illum ex trunco corporis spectabat sed ex artificio comico aestimabat; nam illa membra merere per se non amplius poterant duodecim aeris, disciplina quae erat ab hoc tradita locabat se non minus HS* CCCIↃCCC IↃCC. Vgl. damit D. 19,1,43 (Paul. 5 quaest.) in Fn. 24.

37 Plaut. Asin. 1–3: *Hoc agite sultis, spectatores, nunciam, quae quidem mihi atque vobis res vertat bene gregique huic et dominis atque conductoribus.*

38 Zu den Schauspielergruppen s. Leppin (Fn. 22) 50ff.; Manuwald (Fn. 22) 84f.

39 Jory (Fn. 23) 244; Brown (Fn. 28) 235f.

40 Vgl. bei Gamauf (Fn. 3).

41 S. Plin. n.h. 7,186.

42 F. Meijer, Chariot Racing in the Roman Empire (2010; holl. 2004) 101ff.

43 Zum Verhältnis der Texte zueinander Th. Mayer-Maly, Quadriga, Estudios d'Ors II (1987) 862ff.; Ch. Schieder, Interesse und Sachwert. Zur Konkurrenz zweier Grundbegriffe des Römischen Rechts (2011) 13f.

den Sklaven bzw. das Tier als geschädigtes Objekt an.[44] Zudem passte die Tathandlung *occidere* zum ersten Kapitel.

Der Ersatz hätte sich beim Ensemble als Gegenstand der Schädigung nach dem für die Interesseberechnung offener gehaltenen dritten Kapitel[45] aus der Wertdifferenz zwischen der *quadriga* und den restlichen Pferden ergeben. Auch bei nur schuldrechtlicher Vergemeinschaftung hätte man wohl die *socii* wie bei Miteigentum klagen lassen oder eine *actio utilis* gewähren müssen, um zu verhindern, dass der Schädiger mangels Eigentums der *socii* am Ganzen und daher nicht gegebener Aktivlegitimation unbehelligt blieb.

In der neueren Literatur ist unbestritten, dass beim ersten Kapitel die Interesseberechnung die vom Wortlaut[46] der *lex Aquilia* vorgegebene Orientierung am Sachwert bis zur Spätklassik verdrängte.[47] Anders als im dritten Kapitel sah die *lex* dort ausdrücklich den Ersatz des Wertes des getöteten Sklaven bzw. Tieres vor: *quanti id* (= *homo/pecus*) *in eo anno plurimi fuit*.[48] *Plurimi* erlaubte den Substanzwert übersteigende Verurteilungen,[49] etwa bei Verschlechterungen eines Sklaven im Jahr vor der Tötung.[50]

Den grundlegenden Unterschied zwischen Höchstwert und Indemnitätsinteresse reflektieren die Kommentierungen zur *lex Aquilia* jedoch nicht. Ergebnisbezogen stehen Fälle *promiscue* nebeneinander, in denen die *aestimatio* über den Substanzwert hinausging. Dies gilt gleichermaßen für Digesten und die justinianischen Institutionen wie ihre spät- bzw. hochklassischen Vorlagen.

Das einschlägige Digestenmaterial stammt vornehmlich aus dem 18. Buch von Ulpians Ediktskommentar:[51] Einem Gesetzeszitat in D. 9,2,21 pr. folgt ein an *in eo anno* anknüpfendes Fristproblem,[52] bevor § 2 die Grundsatzfrage „Sachwert- oder Interesseberechnung“ aufwirft: *Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum*? Ulpian bekennt sich mit der herrschenden Lehre uneingeschränkt zur zweiten Möglichkeit: *et hoc iure*

44 U. v. Lübtow, Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato (1971) 125; Mayer-Maly (Fn. 43) 860. Eine Gesamtsache im modernen Sinn bildete eine *quadriga* trotz rechtlicher Bedachtnahme auf die Zusammengehörigkeit nicht; s. Mayer-Maly (Fn. 43) 861f. und Daubermann (Fn. 12) 147.

45 Hausmaninger (Fn. 7) 32; Zimmermann (Fn. 5) 972.

46 D. 9,2,2 pr. (Gai. 7 ed. prov.); D. 9,2,21 pr. (Ulp. 18 ed.) und D. 9,2,27,5 (Ulp.18 ed.).

47 Vgl. für die Literatur Zimmermann (Fn. 5) 969ff.; Hausmaninger (Fn. 7) 31; G. Valditara, Damnum iniuria datum (1996) 48ff.; Schieder (Fn. 43) 9ff.; M. Kindler, Affectionis aestimatio. Vom Ursprung des Affektionsinteresses im römischen Recht und seiner Rezeption (2012) 76ff.

48 Vgl. Hausmaninger (Fn. 7) 31. Die Jurisprudenz gelangte nach Auffassung von A. Corbino, Il danno qualificato e la Lex Aquilia² (2008) 184 beim ersten Kapitel zum Interesse daher „con fatica“.

49 Vgl. H. Ankum, L’*actio de pauperie* et l’*actio legis Aquiliae* dans le droit romain classique, St. Sanfilippo II (1982) 50f.; für Kindler (Fn. 47) 77 überbrückt die Höchstwertformel schon den Gegensatz zwischen Interesse und Sachwert. Ausdrücklich auf *id quod interest* rekurrieren beim ersten Kapitel: Labeo in D. 9,2,23,4 (Ulp. 18 ed.); D. 9,2,37,1 (Iav. 14 Cass.); Julian in D. 9,2,23,1 (Ulp. 18 ed.); D. 9,2,55 (Paul. 22 quaest.); D. 9,2,21 pr. (Ulp. 18 ed.); zur Erweiterung der Klagslegitimation D. 9,2,30,1 (Paul. 22 ed.).

50 D. 9,2,23,3 – 7 (Ulp. 18 ed.).

51 D. 9,2,21 – 27,3 (Ulp. 18 ed.).

52 D. 9,2,21,1 (Ulp. 18 ed.); s. auch D. 9,2,51 pr. (Iul. 86 dig.).

utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.[53] Weniger programmatisch, dafür näher am Wortlaut der *lex* ist sein die Kasuistik abschließendes Resümee in D. 9,2,23,6: *In summa omnia commoda, quae intra annum, quo interfectus est, pretiosiorem servum facerent, haec accedere ad aestimationem eius dicendum est.*[54] Dass hier die Bezugnahme auf die Rückrechnung stattfindet, setzt keine inhaltlichen Akzente, sondern verknüpft die etablierte Interesseberechnung nochmals mit dem Gesetzestext: *Quanti id plurimi fuit* wurde zum interessebetonenden *omnia commoda* und lag damit inhaltlich wohl[55] auf einer Linie mit der von Paulus in diesem Zusammenhang bevorzugten *utilitas*.[56] Jedenfalls dominierten die Fälle, die im Wege der Interesseberechnung gelöst wurden,[57] jene, in denen tatsächlich ein vergangener Wert zugrundegelegt wurde.[58] Diese Tendenz verstärkten die Kompilatoren durch einen Einschub weiterer Interessefälle aus dem 22. Buch von Paulus' Ediktskommentar (D. 9,2,22).

Ähnlich strukturiert dürfte bereits die hochklassische Literatur gewesen sein: Julian setzte Interesse- und Rückrechnungsfälle[59] nebeneinander und argumentierte aus der Rückrechnungsbestimmung für das Interesse.[60] Ebenso stand für Gaius die Berücksichtigung des Interesses beim ersten Kapitel außer Frage; auch er reihte Interesse- und Rückrechnungsfälle nebeneinander,[61] worin ihm die justinianischen Institutionen folgten.[62] Möglicherweise hatte Labeo dieser Sichtweise zum Durchbruch verholfen (… *rectissime scribit* …).[63]

53 Nachweise der Textkritik bei G. Valditara, Superamento dell'*aestimatio rei* nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai *non domini* (1992) 201ff.; keinerlei Bedenken äußern zuletzt Schieder (Fn. 43) 14f., 102f. und Kindler (Fn. 47) 78.

54 S. Valditara (Fn. 53) 264ff.

55 Vgl. die Parallelstellung von *utilitas* und *commoda* in D. 1,18,6,6 (Ulp. 1 opin.).

56 D. 9,2,22 pr. (Paul. 22 ed.) und 33 pr. (Paul. 2. Plaut.); s. dazu Schieder (Fn. 43) 65ff. und bei Kindler (Fn. 47) 75ff.

57 D. 9,2,23,1 – 2 und 4 (Ulp. 18 ed.).

58 Julian in D. 9,2,23,3 (Ulp. 18 ed.); D. 9,2,23,5 (Ulp. 18 ed.).

59 D. 9,2,23,1 – 3 (Ulp. 18 ed.); vgl. O. Lenel, Palingenesia iuris Romani I (1889) Sp. 482, Iul. Nr. 827; s. Valditara (Fn. 53) 101ff.

60 In § 2 beruft sich Julian auf die Rückrechnung, löst den Fall aber nach dem Interesse: *Idem Iulianus scribit, si institutus fuero sub condicione „si Stichum manumisero" et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum propter occisionem enim defecit condicio quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare, quia retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur.* Der *quia*-Satz bietet weder eine Begründung für die abschlägige Entscheidung in der zweiten Variante, noch ist die Rückrechnung im ersten Fall zur Berücksichtigung der Erbschaft notwendig. Entscheidungsrelevant ist vielmehr, dass nur in der ersten Variante der Tod des Sklaven den Verlust der Erbschaft verursacht; s. R. Willvonseder, Die Verwendung der Denkfigur der *„condicio sine qua non"* bei den römischen Juristen (1984) 127. Durch den Verweis auf *retrorsum quanti plurimi fuit inspicitur* stellte Julian im Hinblick auf den beabsichtigten Interesseersatz immerhin klar, dass eine den Wert übersteigende Verurteilung mit dem Gesetzestext vereinbar war. Ähnlich argumentiert D. 9,2,55 (Paul. 22 quaest.).

61 Gai. 3,212; 214.

62 Inst. 4,3,9f.

63 Zur Berücksichtigung von Nachteilen, weil der Sklave nicht mehr über Manipulationen in der Buchhaltung befragt werden konnte: D. 9,2,23,4 (Ulp. 18 ed.) … *rectissime Labeo scribit tanti aestimandum, quanti mea intererat fraudes servi per eum commissas detegi* …

In diesen Zusammenhängen gleicht der Ersatz die Verringerung des zukünftigen Vermögens aufgrund von entgehenden Gewinnen, fälligen Strafzahlungen oder entfallenden Schadensminimierungsmöglichkeiten aus: verlorene Nachlässe[64] oder Einkünfte Gewaltunterworfener;[65] die Nachteile aus dem Wegfall einer *noxae deditio*,[66] einer Vertragsstrafe[67] oder der unmöglich gewordenen Ausforschung von Mittätern.[68]

4. Schadensberechnung

Gai. 3,212 und D. 9,2,22 (Paul. 22 ed.)[69] weisen eine idente Struktur auf. Gaius beginnt – wie Ulpian[70] – mit der Frage nach „Sachwert oder Interesse" und stellt einleitend fest, dass für die *aestimatio* nicht allein der Wert des Individuums (*nec solum corpus*) relevant war, wenn der Eigentümer einen darüber hinausgehenden Schaden erlitt (*plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit*), und illustriert dies mit dem seit Neraz etablierten Fall[71] der entgangenen Erbschaft. Maßstab ist die konkrete Vermögenslage des *dominus*: *si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur.*

> Gai. 3,212: *Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur; sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur, velut si servus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occisus fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas.*
>
> *item si ex gemellis vel ex comoedis vel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque conputatur, quod ceteri qui supersunt, depretiati sunt. idem iuris est etiam, si ex pari mularum unam vel etiam ex quadrigis equorum unum occiderit.*[72]

64 Ein Sklave konnte eine Erbschaft nicht antreten: Neraz in D. 9,2,23 pr. (Ulp. 18 ed.); Gai. 3,112; Inst. 4,3,10; thematisch fällt auch Julian in D. 9,2,23,1 (Ulp. 18 ed.) in diese Gruppe. Der *dominus* konnte eine Freilassungsbedingung nicht erfüllen: Julian in D. 9,2,23,2 (Ulp. 18 ed.).

65 D. 9,2,7 pr. (Ulp. 18 ed.).

66 D. 9,2,37,1 (Iav. 14 Cass.).

67 D. 9,2,22 pr. (Paul. 22 ed.). Hier bejaht R. Knütel, Stipulatio poenae (1976) 241ff. das Vorliegen einer Drittschadensliquidation; anders dagegen I. Reichard, Die Frage des Drittschadensersatzes im klassischen römischen Recht (1993) 34ff.

68 Labeo in D. 9,2,23,4 (Ulp. 18 ed.).

69 Umfangreiche Erörterungen des Problems und der Literatur bei B. Schebitz, Die Berechnung des Ersatzes nach der lex Aquilia (Diss. FU Berlin 1987) 273ff.; Daubermann (Fn. 12) 139ff.; Valditara (Fn. 53) 62ff.; zuletzt A. Rodger, Body Language. Translating Some Elementary Texts on the *Lex Aquilia*, FS Knütel (2009) 951ff. und Schieder (Fn. 43) 12ff.

70 Oben nach Fn. 52

71 D. 9,2,23 pr. (Ulp. 18 ed.).

72 IJ. 4,3,10: *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis adlatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is iussu tuo adiret nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat. item si ex pari mularum unam vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus fuerit occisus non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanto depretiati sunt qui supersunt.*

Ebenso geht Paulus von einem etablierten Fall[73] aus und berücksichtigt das Interesse unter der Bezeichnung *utilitas*:

> D. 9,2,22 (Paul. 22 ed.) pr. *Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium.*
>
> (1) *Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim perempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.*

Die Ensemblefälle stellen die Juristen mit *item* jeweils dem gewählten Einleitungsbeispiel gleich. Dennoch sind die Lösungswege keineswegs identisch: Anders als im Eingangsfall nimmt Gaius nicht die Vermögenslage des *dominus* nach der Tötung zum Maßstab, noch löst Paulus den Fall anhand der *utilitas*, sondern beide beziehen sich auf die Wertminderung der verbliebenen Bestandteile des jeweiligen Ensembles. Auch die Art der zu ersetzenden Schäden ist eine andere: Im Einleitungsfall wird eine zukünftige Vermögensverringerung (Erbschaft bzw. Vertragsstrafe) ersetzt, in den Ensemblefällen jedoch ein bereits eingetretener, mittelbarer Schaden.[74]

Gaius, bei dem diese Berechnungsmethode erstmals belegt ist, wird kaum ihr Schöpfer gewesen sein.[75] Er referierte bloß Falltypen (Sklaven-/Tiergruppen), für die sie zur Anwendung kam. Das zeigt insbesondere die Nachstellung der Gespanne (*idem iuris est*). Paulus geht analytisch weiter und stellt die Zusammengehörigkeit in den Vordergrund, nicht die Art der Mitglieder des Ensembles.

Aus historischen oder didaktischen Gründen geht Gaius vom Fall der *gemelli* aus, wo sich seine Berechnungsmethode natürlich ergibt: Der Schaden setzt sich aus dem Wert des getöteten und der Wertminderung des verbliebenen Zwillings zusammen.[76] In diesem Fall ist der Verlust außerdem eindeutig, weil endgültig: Ein „Ersatzzwilling" ist nicht beschaffbar.[77] Die Schadensbemessung kann in diesem Fall von zukünftigen Ergänzungsmöglichkeiten[78] absehen und den Verlust im Tötungszeitpunkt als endgültigen Schaden zugrundelegen.

Paulus beginnt mit den größeren, wertvolleren Ensembles und trennt die Fallgruppen *servi – quadrupedes pecudes* nicht. Außerdem sucht er eine Begründung für den Berechnungsmodus: Die Wertminderung entstünde aus „mit dem Körper des Getöteten eng verbundenen[79] Ursachen".[80] *Causae* geben neuere Übersetzungen[81] als

73 S. weiters D. 9,2,55 (Paul. 22 quaest.) dazu H. Stiegler, Stipulator Stichum ante moram occidit, FS Hausmaninger (2006) 269ff.

74 So auch schon Valditara (Fn. 47) 47.

75 Mayer-Maly (Fn. 43) 862; auf Sabinus verweist Corbino (Fn. 48) 185.

76 Zur Berechnung bei der *actio quanti minoris* vgl. D. 21,1,38,13 (Ulp. 2 ed. aed. cur.).

77 S. auch Rodger (Fn. 69) 968 und im Nachruf von E. Metzger, Alan Ferguson Rodger (1944–2011), IVRA 60 (2012) 360.

78 Dies wäre aufgrund des Wortlautses des ersten Kapitels wohl problematisch gewesen.

79 S. Th. Baier (Hg.), Der Neue Georges. Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch I (2013) 967f. s.v. *cohaerere*. Die Kombination erscheint nochmals in D. 9,2,37,1 (Iav. 14 Cass.); dazu bei Rodger (Fn. 77) 958.

80 Vgl. Cic. Q. Rosc. 28 (oben Fn. 28), wo Cicero versucht, den Wert der Kunstfertigkeit des Panurgus (*disciplina, ars, artificium*) von dessen *corpus* zu trennen.

81 Zu den Übersetzungsproblemen dieser Stellen s. Rodger (Fn. 77) 951ff.

Umstände,[82] Nutzungen,[83] Wertfaktoren[84] oder „heads of damage“[85] wieder. Die Literatur interpretiert sie beispielsweise als *damnum emergens* neben dem Sachverlust,[86] als die Wertminderung des Gesamt-[87] bzw. Restensembles[88] oder legt sich nicht auf eine der beiden Möglichkeiten fest.[89]

Der Grund für den Rekurs auf den „unklaren Begriff“[90] durch Paulus war die Notwendigkeit zur Positionierung des Problems innerhalb der zwischenzeitig differenzierter geführten Interessediskussion: Sextus Pedius[91] hatte den Ersatz von Nachteilen verweigert, die nur auf eine persönlich motivierte *affectio* oder *utilitas* des Geschädigten zurückgingen, also in erster Linie von ideellen Schäden.[92] Daher musste Paulus für diesen seit Langem anerkannten Fall einer Verurteilung jenseits des gemeinen

82 „Umstände, die mit dem Sklaven oder dem Tier zusammenhängen“, P. Apathy in: O. Behrends/R. Knütel/B. Kupisch/H.H. Seiler (Hg.), Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung II: Digesten 1–10 (1995) 743; M. Rainer/J. Filip-Fröschl, Texte zum römischen Recht (Fallbeispiele für das Studium. Schwerpunkt Schuld- und Sachenrecht) (1998) 274; M. Immenhauser, Das Dogma von Vertrag und Delikt. Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung (2006) 116 Fn. 445; Schieder (Fn. 43) 102; J.D. Harke, Corpus der römischen Rechtsquellen zur Sklaverei III.2 (Ansprüche aus Delikten am Sklaven) (2013) 70; B. Frier, A Casebook on the Roman Law of Delict (1989) 65: „circumstances related to the body“; S. Schipiani in: ders. (Hg.), Iustinani Augusti Digesta seu Pandectae/Digesti o pandette dell’imperatore Giustiniano. Testo e traduzione II (2005) 244: „circostanze conessi <all’integrità del> corpo“.

83 Hausmaninger (Fn. 7) 61: „Nutzungen, die mit dem Körper zusammenhängen“; Valditara (Fn. 53) 67: „accessione, vantaggio ulteriore“.

84 F.H. Lawson/B.S. Markesinis, Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law II: Materials (1982) 7: „elements of value attaching to the object“.

85 C. Kolbert in: A. Watson (Hg.), The Digest of Justinian I (rev. ed. 1998) 282.

86 F.H. Lawson/B.S. Markesinis, Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law I (1982) 35; Rodger (Fn. 69) 953: „[L]oss which his owner suffered as a result of his being killed“.

87 Mayer-Maly 861; Schebitz (Fn. 69) 276; B. Winiger, La responsabilité Aquilienne romaine. Damnum Iniuria Datum (1997) 145.

88 Hausmaninger (Fn. 7) 31: „Wertminderung, … die das Restensemble dadurch erlitten hat“; Daubermann (Fn. 12) 142: „Wertminderung, die die restlichen Glieder der Gesamtheit erfahren“; in dem Sinne auch M. Kaser, Quanti ea res est. Studien zur Methode der Litisästimation im klassischen römischen Recht (1935) 171; v. Lübtow (Fn. 44) 125; Zimmermann (Fn. 5) 971; A. Wacke, Das Affektionsinteresse: Heute und in römischen Rechtsquellen, FS Behrends (2009) 570; Wallinga (Fn. 11) 1376.

89 Valditara (Fn. 53) 54: „deprezzamento dei *corpora* cui quello morto era legato funzionalmente“; hingegen 65: „deprezzamento del corpo complesso“; Schieder (Fn. 43) spricht von der „Wertminderung der gesamten Einheit“ (103) wie auch von der Wertminderung der Restgruppe (102, 65[215]).

90 G. Beseler, Miscellanea Graecoromana, St. Bonfante II (1930) 61.

91 D. 9,2,33 (Paul. 2 Plaut.) *Sextus quoque Pedius ait pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*; D. 35,2,63 (Paul. 2 l. Iul. et Pap.) *Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur.* S. dazu R. Willvonseder, Kinder mit Geldwert. Zur Kollision von Sachwert und persönlicher Wertschätzung im römischen Recht, in: H. Bellen/H. Heinen (Hg.), Fünfzig Jahre Forschungen zur antiken Sklaverei an der Mainzer Akademie 1950–2000 (2001) 104f.; Wacke (Fn. 88) 573ff.; Kindler (Fn. 47) 75ff.; vgl. weiters Valditara (Fn. 47) 49.

92 Dazu rezent Wacke (Fn. 88) 555ff.; Kindler (Fn. 47) 75ff.; D.A. Centola, Le sofferenze morali nella visione giuridica romana (2011) 125ff.; Schieder (Fn. 43) 67ff.

Wertes eine Begründung geben, mit der er ausschloss, dass die berücksichtigten Nachteile der subjektiven Vorliebe des Eigentümers entsprangen. Indem er sie mit den *corpora* der Sklaven oder Tiere verband, stellte Paulus klar, dass es um objektive Verluste ging, die jedermann als Eigentümer eines zu einem Ensemble gehörigen Tieres oder Sklaven trafen.

5. Stilfragen oder sachliche Unterschiede?

Beide Juristen bezogen sich nur im Einleitungsfall auf den Eigentümer. Paulus könnte so versucht haben, den objektiven Charakter der Wertminderung zu betonen. Da er inhaltlich nicht von Gaius abwich, ist dies wenig wahrscheinlich. Noch deutlicher tritt der Wechsel bei Gaius zu Tage, da der Eigentümer im Erbschaftsfall sowohl Akteur (*iussu meo*) als auch Bezugspunkt der Ersatzberechnung war (*plus dominus capiat damni*).

Diese Abänderung kann natürlich rein stilistische Gründe gehabt haben; das Eigentum am Gesamtensemble wäre stillschweigend mitzulesen. Theophilus verspürte immerhin das Bedürfnis nach dieser Klarstellung;[93] die Bearbeiter der justinianischen Institutionen hingegen, die das gaianische Material um durchaus Selbstverständliches erweiterten,[94] folgten ihm darin genausowenig wie die Digestenkommission. Eine kleine Interpolation hätte unschwer Klarheit geschaffen. In der Form, in welcher die Texte in die justinianischen Kompilationen kamen, blieben sie für die alternative Lesart weiterhin offen.

6. Schluss

Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino, bildete nach Ulpian den Grundsatz der Aktivlegitimation aus der *lex Aquilia.*[95] Darin könnte zugleich der erheblichste Einwand gegen die hier für Gai. 3,212, IJ. 4,3,10 und D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.) diskutierte Lesart liegen. Zwingend ist dieser jedoch nicht, da Cornelius Felix als Eigentümer des getöteten Pferdes geklagt hätte. Die Problematik betraf nicht die Aktivlegitimation, sondern die *aestimatio*, ob die Wertminderung von fremdem Eigentum einrechenbar war.[96]

Gegen den kategorischen Ausschluss einer so verstandenen Drittschadensliquidation spricht einmal, dass dies in vergleichbaren Situationen beim ersten Kapitel kein Hindernis

93 Vgl. in Fn. 9.

94 So durch den Hinweis im Einleitungssatz, dass die Berechnungsmethode *praeter legem* durch *interpretatio* geschaffen wurde. IJ. 4,3,10: *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit non solum perempti corporis aestimationem habendam esse secundum ea quae diximus, sed eo amplius quidquid praeterea perempto eo corpore damni vobis adlatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is iussu tuo adiret nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat.*

95 D. 9,2,11,6 (Ulp. 18 ed.).

96 Vgl. Mayer-Maly (Fn. 43) 861: „Unsere Texte deuten aber eher darauf hin, daß man sich einfach dafür interessierte, was alles in die *aestimatio* einzubeziehen sei“. Zur hier gestellten Frage nimmt Mayer-Maly nicht Stellung.

darstellte: Auch bei entgangenem Gewinn betraf die *aestimatio* den Wert von Sachen, die nicht dem Kläger gehörten. In den weiteren Fällen des Interesses (Vertragsstrafe, Entfall der *noxae deditio*) wurden auch reine Vermögensschäden, die aus schuldrechtlichen Beziehungen des Klägers entstanden, als Tötungsfolgen berücksichtigt.

Keine grundsätzlich andere Situation lag bei schuldrechtlicher Vergemeinschaftung innerhalb einer *societas* vor: Der Anspruch des Cornelius Felix aus der *lex Aquilia* gehörte zum Gesellschaftsvermögen. Erhielt er nur den Wert seines Pferdes, war nicht einmal er schadlos gehalten, da er gesellschaftsintern ein Viertel des anderweitig nicht liquidierbaren Verlustes seines *socius* trug. Ohne volle Berücksichtigung von dessen – nur in sachenrechtlicher Perspektive als reine Drittschäden erscheinenden – Nachteilen erlitt sogar der siegreiche Kläger eine Einbuße. Aber sollte für die Folgen seiner Tat nicht primär der Schädiger aufkommen? Andernfalls wäre der Eigentümer, dem der Ersatz aus schuldrechtlichen Gründen nicht ausschließlich zugutekam, im Anwendungsbereich der *lex Aquilia* gegenüber einem Nichteigentümer benachteiligt gewesen, der i.d.R. Schutz erhielt,[97] wenn Vermögensnachteile aus einem *damnum iniuria datum* auf ihn schuldrechtlich verlagert wurden.

Ein zusätzliches Motiv, um den Schädiger zur Wiedergutmachung aller verursachten Nachteile zu verpflichten, könnte aus der Pönalität der *actio legis Aquiliae* abgeleitet werden.[98] Mit dem Grundsatz *cum neque impunita maleficia esse oporteat*[99] untermauerte Julian in D. 9,2,51,2 (Iul. 86 dig.) die Haftungserweiterung bei Tätermehrheit in Fällen uneindeutiger Kausalität. Dass der Geschädigte keinen Ersatz erhalten sollte, erschien ihm als Alternative „höchst absurd" – *longe absurdius.* Eine Entlastung des Täters, wenn ein Ensemble „zufällig" aus Sklaven oder Tieren mehrerer Eigentümer bestand, ist aber keineswegs logischer.

Nichts deutet darauf hin, dass die Schadensberechnungsmethode zur Berücksichtigung dieser Problematik entworfen wurde: Ihr Grund liegt in der im ersten Kapitel geforderten Konzentration auf das *corpus peremptum*; entstanden ist sie in der Praxis, vielleicht anhand des „Zwillingsfalles". Gaius referierte diese Ergebnisse, worin ihm die Verfasser der justinianischen Institutionen folgten; Paulus lieferte mit den *causae corpori cohaerentes* eine dogmatische Abgrenzung gegenüber ideellen Schäden.

Die Bedeutung eines juristischen Textes konstituieren, wie die Interpretationsgeschichte der *lex Aquilia* hinreichend demonstriert, gerade die Probleme, vor denen dessen Interpreten aktuell stehen. Und manchmal reicht es schon, dass ein normativer Text ein wünschenswertes Resultat nicht ausschließt.[100] Diese Offenheit im Hinblick auf Drittschäden brachten Gai. 3,212, IJ. 4,3,10 und D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.) jedenfalls mit.

97 Zur *actio utilis/in factum* des Entleihers (D. 19,2,41 Ulp. 5 ed.) oder Pächters (D. 9,2,27,14 Ulp. 18 ed.) s. Hausmaninger (Fn. 7) 39; der Verkäufer hatte die ihm zustehende *actio legis Aquilia* abzutreten: D. 18,6,13 (Paul. 3 Alf. epit.); D. 18,6,14 (Iul. 3 ad Urs. Fer.); vgl. M. Pennitz, Das periculum rei venditae. Ein Beitrag zum „aktionenrechtlichen Denken" im römischen Privatrecht (2000) 365ff.

98 S. dazu Wallinga (Fn. 11).

99 Vgl. M. Börsch, *Damit Übeltaten nicht ungestraft bleiben*. Impunitas als Argument der klassischen römischen Juristen (2003) 28ff.

100 Vgl. in Fn. 60.

Ein praktisches Bedürfnis bestand für eine solche Lösung sicherlich; an unüberwindlichen juristischen Gegenargumenten musste sie nicht scheitern.

Abstract

Gai. 3,212, IJ. 4,3,10 and D. 9,2,22,1 (Paul. 22 ed.) deal with the killing of a member of a group of slaves or animals falling under the first chapter of the *lex Aquilia*. In such cases, the damages exceeded the highest value of the dead slave or animal because the plaintiff was awarded compensation for the devaluation of the remaining slaves or animals as well. This article deals with the question whether the Roman jurists applied this solution only when the unit had one owner or also when the slaves or animals belonged to different owners, as in the *societas*-case dealt with by Celsus in D. 17,2,58 pr. (Ulp. 31 ed.). None of the relevant texts excludes such an interpretation *a priori*, since unitary ownership of the whole group of slaves or animals is never mentioned as a prerequisite. If the parts of such a unit belonged to different partners of a *societas* (and no co-ownership existed with regard to the *societas*' assets), the only way of holding the wrongdoer responsible for all the losses caused by his unlawful act was by granting the plaintiff compensation for the devaluation of the surviving slaves or animals owned by his partners. Without compensation for his partners' losses not even a successful plaintiff would have been able to obtain full indemnification since he had to share his gains from the proceedings regarding his slave or animal with his partners in the *societas*. Such an interpretation would have had practical benefits because the standard examples cited in the legal sources in such cases (twins, *quadrigae*, musicians, or actors) were all valuable luxury items and there is evidence that such ensembles sometimes belonged to more than one person.

LEOPOLD AUGUST WARNKÖNIG, EEN VOORGANGER VAN FRANÇOIS LAURENT IN DE UNIVERSITEITEN VAN LUIK EN GENT

Jean-François Gerkens*

Heel graag wil ik dit bescheiden stukje over Leopold August Warnkönig aan Laurens Winkel opdragen. Laurens Winkel heeft altijd zeer veel betekend voor de romanistiek in de Lage Landen. Eigenlijk is Warnkönig dan ook een gepast thema, omdat hij in drie verschillende universiteiten van de Lage Landen gedoceerd heeft, in een tijd wanneer België en Nederland één land waren.

1. Inleiding

Over drie jaar zijn we in 2017, dus twee eeuwen na de stichting van onze twee universiteiten[1]. Maar eigenlijk werden in 1817 drie universiteiten gesticht en dit is niet meer algemeen bekend. Naast Gent en Luik werd ook de Rijksuniversiteit Leuven gesticht. Het idee van Willem van Oranje was dat de zuidelijke Nederlanden net zoals de noordelijke Nederlanden drie universiteiten nodig hadden. Maar, omdat er niet voldoende Belgen in staat waren om op universitair niveau te doceren, werd een groot aantal buitenlanders aangesteld, en daaronder een groot aantal Duitsers. Het is moeilijk te ontkennen dat in het begin van de negentiende eeuw, de Duitsers ook überhaupt tot de beste juristen hoorden.

Zo werd ook Warnkönig in 1817 in Luik aangesteld, om aan de nieuwe rijksuniversiteit Romeins recht te doceren. Toen Warnkönig naar Luik geroepen werd, was hij nog maar drieëntwintig jaar oud (voor onze Gentse collegas is dit misschien niet zo verbazend, als men weet dat Jacques-Joseph Haus[2] pas eenentwintig jaar oud was, toen hij in Gent begon te doceren).

1 Deze tekst werd op 24 april 2013 in de Universiteit Gent voorgedragen in het kader van de "Ontmoetingen François Laurent". De lezingen "Ontmoetingen François Laurent" vinden sinds 2009 alternatief bij de universiteiten Gent en Luik plaats. Zij memoreren de historische banden tussen de universiteiten Gent en Luik, en het feit dat François Laurent, nadat hij in Luik had gestudeerd, in Gent Professor is geworden.

2 Liesbeth Vandersteene, *De geschiedenis van de Rechtsfaculteit van de Universiteit Gent. Van haar ontstaan tot aan de Tweede Wereldoorlog (1817-1940)*, Gent 2009, 19.

* Professor, Romeins Recht en Rechtsvergelijking, Faculteit voor Recht, Politieke Wetenschap en Criminologie, Universiteit Luik.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 336-348

Eigenlijk had België in 1817 geen echte professor voor Romeins recht. Zo kwam men op het idee om een leerling van Gustav Hugo en Friedrich Carl von Savigny over te halen; zeker geen slecht idee. Warnkönig had eerst in Heidelberg gestudeerd en daarna zijn doctorale proefschrift onder leiding van Hugo in Göttingen geschreven.

2. Het doceren van Romeins recht in België voor 1817

Als er in België geen goede romanisten waren, hoe werd het Romeins recht dan voor 1817 in België gedoceerd?

Natuurlijk begint de universiteitsgeschiedenis in België met de oude universiteit in Leuven. Eigenlijk had deze universiteit twee rechtsfaculteiten: een faculteit voor Romeins recht en één voor kerkelijk recht[3]. Als grote romanist, heeft Leuven Mudaeus gehad. Gabriel Mudaeus zei van zichzelf, dat hij een pupil van Guillaume Budé en André Alciat was. Over Mudaeus heeft een andere Gentse professor geschreven, alhoewel toen hij dit schreef, was hij al ex-Gentse professor: Ik bedoel hier Fernand De Visscher[4], die de Universiteit Gent in 1930 verlaten heeft om enkele jaren later in Leuven te doceren. Toen De Visscher over Mudaeus schreef, stelde hij zich voor als opvolger van Mudaeus.

Wat betreft Mudaeus lijkt het dat hij een heel beperkte wetenschappelijke productie gehad heeft. De oude Leuvense universiteit schijnt niet al te veel grote professoren gehad te hebben. Toen de Fransen de universiteit in 1797 sloten, had deze geen bijzonder goede reputatie. Toen heette het dat de Leuvense universiteit dicht moest, omdat ze toch te slecht was. Natuurlijk is niet iedereen het daar over eens[5], maar het werd toch vaker geschreven. Warnkönig schrijft bijvoorbeeld:

> La seule Université qui existât en Belgique, après la réunion d'une partie de la Flandre au royaume de France (Douay était autrefois la seconde Université Belge), tomba rapidement en décadence, durant la seconde partie du dix-septième siècle, et cessa bientôt de tenir un rang parmi les Académies célèbres de l'Europe. Dans le même temps, Leide, Groningue, Utrecht, Franeker, et quelques autres écoles de la Hollande, obtinrent une grande célébrité, et contribuèrent efficacement aux progrès de la jurisprudence. Les jurisconsultes qu'elles produisirent jouirent d'une autorité qui fut longtemps exclusive, non seulement dans les Provinces-Unies, mais aussi dans diverses autres contrées.
>
> Les causes de cette différence de prospérité sont faciles à concevoir. La Belgique, asservie par la domination espagnole, vit peu à peu s'éteindre dans son sein toutes les lumières comme toutes les branches de l'industrie. La force morale du peuple finit par succomber sous le despotisme oligarchique d'un clergé intéressé et d'une noblesse

3 Victor Brants, *La Faculté de droit de Louvain à travers 5 siècles (1426-1906)*, Louvain-Paris 1906, 1; John Gilissen, *L'enseignement du droit romain à l'école, puis faculté de droit de Bruxelles (1806-1817)*, in *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, Fribourg 1985, 659-660.

4 Fernand De Visscher, *"Gabriel Mudaeus" (Discours prononcé à l'occasion du IV^e centenaire du doctorat en droit de G. Mudaeus (1539) par son successeur à la chaire de droit romain de l'université de Louvain)*, in *Annales de droit et de sciences politiques* 1939 (nadr. in Fernand De Visscher, *Études de droit romain public et privé* III, Milano 1966, 433-445).

5 Zie bijvoorbeeld: Athur Verhaegen, *Les 50 dernières années de l'ancienne université de Louvain (1740-1797). Essai historique*, Liège 1884, 1-23.

ignorante. En Hollande, la liberté politique et religieuse réveillait sans cesse l'activité des esprits; la nation n'était puissante que par ses forces intellectuelles et morales.

L'université de Louvain avait offert, au dix-septième siècle, une des meilleures écoles de Droit de l'Europe. L'enseignement y était donné dans l'esprit et suivant la méthode des écoles de France, qui alors jouissaient de la plus grande célébrité. Plusieurs professeurs de cette Université avaient été disciples de Cujas, ou avaient obtenu les éloges de ce grand jurisconsulte (Mudaeus, Raevardus); il en sortit plusieurs hommes du plus grand mérite, qui remplirent honorablement diverses chaires dans les Universités d'Allemagne (Gail, Wesenbeck, Van Giffen …), où leurs ouvrages sont encore très estimés. Mais la splendeur de l'école de Louvain ne subsistait plus au dix-huitième siècle; dès lors elle ne produisit presqu'aucun jurisconsulte dont la réputation s'étendit à l'étranger. Le grand canoniste Van Espen et ensuite Leplat, en furent éloignés par persécution; leur exemple prouve qu'on ne devait plus, en effet, s'attendre à rencontrer dans cette école des hommes d'un mérite supérieur.

L'esprit des quatorzième et quinzième siècles reparut dans cette Académie; la méthode scholastique y reprit tellement son empire, qu'en 1761 on réimprima, à l'usage des étudiants en Droit, un manuel du Droit romain composé dans le onzième siècle, et qui avait été, à la vérité, publié quelques années auparavant en Allemagne, mais comme un monument propre à constater l'état de la science pendant le moyen âge.

Joseph II, à son avènement au trône, trouvant cette école dans un état de décrépitude qui la rendait ennemie des lumières, et la tenait sous le joug de la barbarie, voulut la supprimer; mais les moyens qu'il employa pour atteindre son but, l'empêchèrent de réussir. L'Université de Louvain fut bientôt rétablie, et subsista dans le même état jusqu'à la révolution française; elle fut alors aisément anéantie (1798[6]), et sa suppression fut approuvée par tous les hommes éclairés de la Belgique.

On ne peut cependant nier que, même à l'époque de son plus grand abaissement, il n'y eût encore, à l'Université de Louvain, des hommes fort instruits dans le droit romain et dans le droit canonique, et qu'il n'en soit sorti des praticiens utiles à leur pays. Mais la science n'y faisait aucun progrès.

L'époque de la décadence de l'Université de Louvain était, pour celles de la Hollande, un temps de splendeur … .[7]

In de ogen van Warnkönig was de situatie van de Leuvense universiteit dus gewoon hopeloos.

Toen de Leuvense universiteit gesloten werd, kwam er niet onmiddellijk een nieuwe universiteit in België. De bibliotheken en het materiaal werden van Leuven naar Brussel verplaatst[8]. Maar het is pas in 1806[9] dat er in Brussel een rechtsschool geopend werd. Deze Brusselse rechtsschool was toen één van de twaalf Franse rechtsscholen met Parijs,

6 Het is niet duidelijk, waarom Warnkönig hier 1798 schrijft. De beslissing om de oude Universiteit Leuven te sluiten dateert wel van 1797. Zie bijvoorbeeld: Pieter Dhondt, *Un double compromis. Enjeux et débats relatifs à l'enseignement universitaire en Belgique au XIX^e siècle*, Gent 2011, 51, n.11 en 12.

7 Leopold August Warnkönig, *De l'état de l'enseignement du Droit dans le royaume des Pays-Bas*, in *Thémis* 5 (1823) 145-148.

8 Dhondt, *op. cit.*, 22 ss.

9 Precies op 25 maart 1806, cfr. Gilissen, *op. cit.*, 662.

Dijon, Grenoble, Toulon, Poitiers, Rennes, Caen, Aix-en-Provence, Straatsburg, Coblenz en Turijn[10].

Wat werd toen in deze Franse rechtsscholen gedoceerd? Het zal niet verbazen: bijna alleen maar het wetboek Napoleon. De cursussen waren "cours de législation"[11], cursussen van wetgeving. Het studeren van het Romeins recht was heel oppervlakkig. De officiële naam van de cursus Romeins recht was eigenlijk: "Droit romain dans ses rapports avec le droit français"[12]. De professor die deze cursus moest verwezenlijken was een professor uit de oude Leuvense universiteit. Zijn naam was Michel-Joseph Vangobbelschroy[13]. Gepubliceerd heeft deze niets[14]. En zijn onderwijs was eigenlijk hetzelfde als de cursus Instituten aan de oude Universiteit Leuven. Hij was van mening, dat het de civilisten waren, die het moderne recht met het Romeins recht moesten vergelijken en niet omgekeerd[15]. Om goed te begrijpen hoe decadent de rechtsstudies toendertijd waren, is het misschien nuttig te zeggen dat de proefschriften (de toenmalige "thèses de licence") vaak tegen betaling door de professoren zelf geschreven werden[16].

Warnkönig schrijft over het onderwijs in de Brusselse faculteit:

> En Belgique, où l'instruction publique avait été si négligée pendant la révolution, où l'enseignement public de la jurisprudence avait entièrement cessé, l'établissement de la nouvelle école de Droit parut un bienfait; on y accourut de toute part, et bientôt elle devient une des meilleures de France. On y remarquait plusieurs professeurs très distingués, dont les leçons étaient suivies par un grand nombre d'élèves; cependant, les vices organiques de l'enseignement établi par Napoléon se faisaient toujours sentir. Le nouveau Code civil était l'unique objet des études; la jurisprudence, dépouillée de son caractère scientifique, n'était que l'art, ou plutôt la routine d'expliquer les dispositions de ce Code, à qui tout le monde devait le tribut de son admiration, et qui dut être prôné comme étant la base du bonheur général. L'étude du Droit romain, si nécessaire pour former l'esprit du jurisconsulte, y était très superficielle; on abandonna également toutes les autres parties, dont la réunion pourrait seule donner à la jurisprudence un grand ensemble. C'est ainsi que l'étude du droit perdit toute dignité, et mérita bientôt d'être envisagé plutôt comme un métier que comme une science.

10 Gilissen, *op. cit.*, 662.

11 Fred Stevens, *Het rechtsonderwijs in de zuidelijke Nederlanden in het begin van de 19de eeuw*, in *CHRIDI* 9 (1998), 121.

12 Roger Henrion, "*Gobbelschroy*", in *Biographie nationale publiée par l'Académie Royale de Belgique*, Tome 31 (suppl. 3/1) 1961, col. 396-400; Gilissen, *op. cit.*, 668; Raf Verstegen, *L'enseignement du droit en Belgique. Évolution de la législation aux XIX^e^ et XX^e^ siècle*, in *"Houd voet bij stuk". Xenia iuris historiae G. van Dievoet oblata*, Leuven 1990, 177; Stevens, *op. cit.*, 127.

13 Gilissen, *op. cit.*, 663-667.

14 Stevens, *op. cit.*, 198.

15 Gilissen, *op. cit.*, 668-669. De vergelijking tussen Romeins recht en code civil welke later gepubliceerd werd, was dan niet het werk van een Brusselse professor, maar wel van een Luikse rechter: Olivier Le Clerq. Hij schreef in de jaren 1810-1812 het werk *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes de deux législations*, in 8 banden van ongeveer 500 bladzijden.

16 Gilissen, *op. cit.*, 670-673.

Wetenschap was inderdaad geen doel meer. Alleen de praktijk telde[17]. Om dit te illustreren merkt men dat het in die jaren heel eenvoudig was, om een exemplaar van het wetboek Napoleon te kopen, maar dat in Brussel het Corpus iuris civilis bijna onmogelijk te vinden was[18].

3. Rechtsonderwijs in de Nederlandse tijd

De overgang van Frankrijk tot Nederland heeft dan wel een grote verandering gebracht. De rechtsfaculteit van Brussel werd pas in 1817 gesloten, na de stichting van de faculteiten van Gent, Leuven en Luik. De ambitie van deze nieuwe universiteiten was om het model van de glorierijke Duitse universiteiten te volgen. Dit was een klein verschil met de Nederlandse universiteiten (Leiden, Utrecht en Groningen), voor wie Duitsland niet het absolute model was. Warnkönig schrijft, een beetje gekwetst, dat de Nederlanders weinig of geen belangstelling hebben voor de recente vooruitgang van de Duitse historische school[19]. In de nieuwe universiteiten van de Zuiderlijke provincies van de Nederlanden zou het dus anders worden, al is het alleen omdat er daar een groot aantal Duitse professoren werd aangesteld. Maar in tegendeel tot wat men zou kunnen denken, komen de Duitsers niet alleen – en zelfs niet vooral – om Romeins recht te doceren[20]. Drie grote Duitse juristen zijn toen naar België gekomen: Haus[21] in Gent, Birnbaum[22] in Leuven en Warnkönig in Luik. Maar alleen Warnkönig kwam om Romeins recht te doceren. De twee eerstgenoemden kwamen vooral om strafrecht en rechtsencyclopedie te onderwijzen.

Romeins recht werd dus toen in Leuven en in Gent door Belgen gedoceerd.

In Gent was het Pierre de Ryckere die de cursussen van Instituten en Pandecten mocht geven. De Ryckere was een Gentse advocaat die in de (Franse) rechtsschool in Brussel had gestudeerd en daar zijn diploma in 1815 had behaald. Na wat ik over het onderwijs in Brussel gezegd heb, is het moeilijk te denken, dat de Ryckere door zijn studies perfect voorbereid was om Romeins recht te doceren.

17 Stevens, *op. cit.*, 127.

18 Gilissen, *op. cit.*, 669-670.

19 Warnkönig, *De l'état de l'enseignement du droit*, *op. cit.*, 155-156.

20 Warnkönig, *De l'état de l'enseignement du droit*, *op. cit.,* 160.

21 Jacques Joseph Haus, is in 1796 in Würzburg geboren. Hij kwam in 1817 in Gent aan, waar hij eerst strafrecht doceerde. Na de Belgische revolutie en Belgische onafhankelijkheid, in 1830, heeft hij ook de Pandekten gedoceerd. Hij heeft tot 1878 in Gent gedoceerd (meer dan 60 jaren) en werd in België beroemd, als auteur van het Belgisch strafwetboek van 1867. Zie Vandersteene, *op. cit.*, 18-19, 34, 60, 68.

22 Jean Michel François Birnbaum werd in 1792 in Bamberg geboren. Hij was 24, toen hij in Leuven aankwam. Hij is wellicht trouw aan Willem van Oranje gebleven en heeft dus België in 1830 verlaten om in Freiburg-im-Breisgau, daarna in Utrecht en eindelijk in Gießen, te doceren. Zie Stevens, *op. cit.*, 137.

In Leuven werden de cursussen Romeins recht eerst door professoren uit de oude Universiteit Leuven gegeven[23]. Maar in 1819 werd Adriaan Holtius van Utrecht[24] overgehaald om de Instituten te doceren[25].

De Luikse rechtsfaculteit was dus de enige van de drie die vanaf het begin voor een Duitser gekozen had om Romeins recht te doceren. Zoals Harsin schrijft[26], was de Belgische situatie in 1816 zo erg, dat eigenlijk gewoon geen enkele Belg in staat was om het Romeins recht wetenschappelijk voor te dragen.

Het panorama van het onderwijs Romeins recht in België was dus vrij gecontrasteerd in de zuidelijke Provincies der Nederlanden. Zoals Warnkönig het zelfs schrijft: "Le Droit romain est enseigné d'après Bartole dans une École, d'après Noodt et Voorda dans l'autre, et d'après Hugo et Savigny dans une troisième"[27].

4. De persoon van Leopold August Warnkönig – Warnkönig in Luik

Warnkönig was zeker een ongewone persoon. Voor mij is hij zeker ook een van de belangrijkste professoren uit de geschiedenis van de Belgische universiteiten.

Warnkönig werd in 1794, in Bruchsal bij Karlsruhe geboren[28]. Hij heeft in Heidelberg gestudeerd en zijn proefschrift bij Gustav Hugo in Göttingen geschreven. Hugo heeft hem ook aan Savigny voorgesteld. Deze ontmoeting lijkt voor Warnkönig van groot belang geweest te zijn: vanaf toen was hij definitief overtuigd van de superioriteit van de Historische school. Hij zou er ook altijd trouw aan blijven. Zijn doctorstitel kreeg hij in 1816 en al een jaar later werd hij dus Professor aan de Universiteit Luik. Voor Warnkönig was deze leerstoel gelijk aan een missie[29]: Hij moest het goede woord van de Historische school in België en – over België – in Frankrijk verkondigen[30]. In werkelijkheid hoopte Warnkönig behalve met België vooral met Frankrijk contact op te nemen. België en Frankrijk waren toch bijna twintig jaar lang één land geweest. Waarschijnlijk is dit ook de verklaring waarom Warnkönig de leerstoelen van Königsberg en Breslau geweigerd heeft, die hem aangeboden werden[31]: Hij had dus een ander missie.

23 De Instituten van Romeins recht werden door Xavier Jacquelart gedoceerd en de Pandecten door Jean De Bruyn. Zie Brants, *op. cit.*, 178.

24 Holtius had in Utrecht, maar ook even in Göttingen gestudeerd.

25 Gedurende het jaar 1826-1827 heeft Adriaan Holtius ook de Pandecten gedoceerd. Zie Brants, *op. cit.*, 179-180.

26 Paul Harsin, in *Liber memorialis, L'université de Liège de 1867 à 1935*, *notices biographiques*, Liège 1936, Tome 1er, 4.

27 Warnkönig, *De l'état de l'enseignement du droit*, *op. cit.*, 161.

28 Gisela Wild, *Leopold August Warnkönig 1794-1866. Ein Rechtslehrer zwischen Naturrecht und historischer Schule und ein Vermittler deutschen Geistes in Westeuropa*, Karlsruhe 1961.

29 Jules de Saint-Genois, *Notice sur L.-A. Warnkönig, associé de l'Académie*, Bruxelles 1868, 9.

30 Wild, *op. cit.*, 12.

31 De Saint-Genois, *op. cit.*, 6.

Toen hij in Luik aankwam, sprak hij nog geen Frans[32]. Op zich was dit toen geen groot probleem, omdat de colleges toch in het Latijn gegeven werden. Hij heeft de Franse taal dan toch vrij vlug geleerd en vond ook dat het onderwijs in het Frans moest doorgevoerd worden en niet meer in het Latijn[33]. Voor hem was interactie met de studenten belangrijk en dit was alleen in een taal mogelijk, die de studenten goed kenden.

Die situatie was niet eenvoudig toen hij in Luik aankwam. De Belgen waren nochtans niet overtuigd dat hun universiteiten het Duitse model moesten volgen. Ze vonden ook niet dat het Romeins recht nog van belang was, nu dat er het wetboek Napoleon was. Inderdaad was de titel van zijn inaugurele lezing[34] in Luik: "*De studii juris Romani utilitate et necessitate*"[35]. Eigenlijk een heel modern thema. Of is het gewoon een eeuwig onderwerp? Eerlijk gezegd, ik zou niet weten welke romanist vandaag nooit met die kwestie bezig is geweest.

Voor zijn colleges over Romeins recht heeft Warnkönig onmiddellijk een studieboek voor zijn studenten geschreven[36]. Dit handboek werd al in 1819 gepubliceerd, zij het ook met een beetje te veel haast. Inderdaad verklaart Warnkönig in het voorwoord van zijn tweede editie[37], dat hij onmiddellijk na zijn aankomst in Luik een handboek wilde schrijven. Hij kon de methode van zijn collega's niet aanvaarden, voor wie het onderwijs gewoon tot een dictee van de professor beperkt was[38]. Warnkönig was van mening dat een professor zijn studenten moest overtuigen, door met hen te discussiëren. Het dictee laat daar geen plaats voor en maakt kwaliteitsonderwijs onmogelijk.

De kwaliteit van het onderwijs was voor Warnkönig inderdaad een permanente zorg. Samen met De Reiffenberg[39], heeft hij in 1828 bijvoorbeeld een lange nota over het universitaire onderwijs in België geschreven. Maar het verschil tussen Warnkönig en zijn andere Belgische en Franse collega's is voor mij het volgende:

1817 was niet alleen het jaar van de aankomst van Warnkönig in Luik. Het was ook het jaar van de ontdekking van het palimpsest van Verona. De onthulling van de tekst van de Instituten van Gaius betekende een fundamentele verandering voor onze

32 De Saint-Genois, *op. cit.*, 5.

33 Frédéric Auguste Ferdinand Thomas De Reiffenberg/Léopold Auguste Warnkönig, *Essai de réponse aux questions officielles sur l'enseignement supérieur*, Bruxelles 1828, 33-36.

34 Cfr. Alphonse Le Roy, *Liber memorialis. L'université de Liège depuis sa fondation*, Liège 1869, col. 603-604.

35 Leopold August Warnkönig, *Oratio de studii iuris romani utilitate et necessitate. Publice habita die 4 novembris 1817 cum in universitate leodiensi lectiones iuris romani solenniter aperiret*, Liège 1819. Delen uit deze lezing werden ook in het Frans gepubliceerd, in *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 2 (1824) 337-344.

36 Leopold August Warnkönig, *Institutionum seu elementorum juris privati romani libri IV, in usum praelect. acad. vulgati, cum introduct. in univers. jurisprud. ad studium juris romani et notis litterariis*, Liège 1819. Dit boek, net zoals de daaropvolgende edities hebben een groot succes in Engeland, Spanje en Portugal gehad. Zie De Saint-Genois, *op. cit.*, 6.

37 Leopold August Warnkönig, *Institutiones juris romani privati, Editio altera, emendata et novo ordine digesta, etiam ex Gaji Institutionibus, Vaticanis Juris Romani fragmentis aliisque fontibus recens detectis aucta*, Leodii 1825, (praefatio), viii.

38 Warnkönig, *Institutiones, Editio altera*, *op. cit.*, (praefatio), x-xi.

39 De Reiffenberg/Warnkönig, *op. cit*.

kennis van het klassieke Romeins recht. Opeens hadden we met deze tekst voor het eerst een directe uitleg van een rechtssysteem dat we tot dan alleen maar indirect kenden. Maar niet iedereen heeft daardoor zijn onderwijs aangepast. Verre van. Eigenlijk was Warnkönig waarschijnlijk de eerste wetenschapper, die buiten Duitsland onmiddellijk met het studeren van het palimpsest begonnen is[40]. Al in het jaar 1820-1821 gaf hij als thema voor de universitaire wedstrijd (concours universitaire) de vergelijking tussen de Instituten van Gaius en Justinianus[41]. De prijs ging naar zijn leerling Evrard Dupont. Zijn dissertatie werd in 1822 gepubliceerd[42].

De nieuwe studies over de Instituten van Gaius spoort Warnkönig ook aan tot het schrijven van een nieuwe editie[43] van zijn handboek. Hij verandert de opbouw en opteert voor de structuur van de Instituten van Gaius in plaats van die van Justinianus. Voor Warnkönig was Gaius zo belangrijk dat het eigenlijk ondenkbaar werd, Romeins recht verder zoals vroeger te doceren[44]. Dat in de andere universiteiten Gaius vrij vaak geïgnoreerd werd was voor hem onbegrijpelijk en onaanvaardbaar.

Met Dupont had Warnkönig dus al heel vroeg een leerling die ook voor de Universiteit Luik van belang zou zijn. En Warnkönig liet hem dan ook in zijn tijdschrift, *Thémis*, publiceren. Warnkönig had *Thémis* al in 1819, samen met Athanase Jourdan en enkele andere collega's uit Parijs gesticht[45]. Het doel van dit tijdschrift was eigenlijk dubbel: voor Warnkönig, was dit tijdschrift het instrument waarmee hij zijn missie zou kunnen doorvoeren: ter herinnering "het goede woord van de Duitse historische school naar Frankrijk brengen"; voor de Fransen moest dit tijdschrift een plaats worden van resistentie tegen de cultus voor het wetboek Napoleon[46]. Het moet ook vermeld worden dat in het redactiecomité van *Thémis*, ook Antoine-Marie Demante zat, en die was dan weer een lid van de befaamde "Ecole de l'Exégèse". Daardoor ondervond Demante herhaaldelijk problemen in dit redactiecomité[47]. In *Thémis* wordt dus vaak over het rechtsonderwijs

40 Over de impact van de ontdekking van het palimpsest op het onderwijs in België, zie: Jean-François Gerkens, *L'impatto del Gaio veronese sull'insegnamento del diritto romano in Belgio*, in *INDEX* 41 (2013), 494-506.

41 De preciese titel was: *Cum genuini Institutionum Gaji jurisconsulti Commentarii jam vulgati sint disquiratur quasnam debeamus huic operi circa jus actionum et circa rationem procedendi in causis privatis apud Romanos notitias hactenus desideratas; quae inquisitio ita instituatur, ut judiciorum privatorum ordo historice illustretur. Judicetur denique in quantum in hac juris parte Gajum secutus sit, vel ab eo recesserit in suis Institutionibus componendis Justinianus*.

42 Everardi Dupont, *Disquisitiones in commentarium IV Institutionum Gaji, recenter repertarum,* Lugduni Batavorum/Leodii 1822.

43 Warnkönig, *Institutiones, Editio altera*, *op. cit.*

44 Warnkönig, *Institutiones, Editio altera*, *op. cit.*, (praefatio), xxiii-xxiv. De volledige aanhaling is: "Omne igitur punctum ille mihi tulisse videtur, qui cum didactica institutione historiam prudenter consociat, atque ita tradit, ac si romanos juvenes doceret. In hac quoque re, ut in multis aliis, a vero minime recedere putandi sunt, qui veterum exempla sequuntur et praesertim Gaji nostri, cujus Institutionum commentarios in juris romani doctorum manibus perpetuo versari, vehementer optandum est".

45 Cfr. Julien Bonnecase, *La Thémis (1819-1831) son fondateur, Athanase Jourdan*, 2e édition, Paris 1914, 219-230.

46 Zo bij voorbeeld: Wild, *op. cit.*, 20.

47 Bonnecase, *op. cit.*, 221-222.

in Duitsland[48] en in de Nederlanden[49] geïnformeerd. Om dezelfde reden werden ook meerdere belangrijke werken van de Duitse historische school in het Frans samengevat, zoals bijvoorbeeld werken van Savigny over het bezit[50] of over de geschiedenis van het Romeins recht in de Middeleeuwen[51]. Natuurlijk maakt Warnkönig daar ook publiciteit voor de ontdekking van de Instituten van Gaius.

Dus kan men ook zeggen dat door Dupont in *Thémis* te doen publiceren, Warnkönig een dubbel doel had bereikt: ten eerste laat hij daardoor zien hoe belangrijk de nieuwe methode van de Duitse historische school is, die daartoe gevoerd heeft, de Instituten van Gaius te ontdekken en te begrijpen. Ten tweede kan hij laten zien hoe goed zijn leerling Dupont is, door diezelfde methode in Luik toe te passen en stelt zo zijn leerling aan de Franstalige universitaire wereld voor.

Vanuit een wetenschappelijk standpunt was de komst van Warnkönig in Luik een groot succes. Hij is zeker een van de beroemdste en meest briljante professoren van mijn faculteit geweest[52].

Maar als leraar was zijn succes wel minder. Het niveau van zijn colleges was gewoon te hoog voor de meeste Luikse studenten[53]. En blijkbaar was Warnkönig niet van plan om zijn eisen te minderen. Zo werd hij in 1826 bijna door de studenten gelyncht[54].

Er bestaat geen twijfel, dat Warnkönig over een buitengewoon grote arbeidskracht beschikte. Maar tegelijkertijd kende hij ook perioden van enorme teleurstelling[55]. Zo was hij af en toe niet in staat om zijn colleges te geven[56], die dan door Dupont moesten verzorgd worden. Na het vertrek van Warnkönig naar Leuven in 1827 heeft Evrard Dupont in Luik zowel de Instituten Romeins recht als de Pandecten gedoceerd.

5. Warnkönig in de Rijksuniversiteit Leuven

Na bijna tien jaar in Luik hebben de relationele problemen van Warnkönig met studenten en collega's hem aangezet om Luik te verlaten. In 1827 was de leerstoel voor Romeins

48 *Thémis* 3 (1821), 288-291; *Thémis* 4 (1822), 189-190, 279-283 (etc.).

49 Leopold August Warnkönig, *De l'enseignement du droit dans les universités du Royaume des Pays-Bas*, in *Thémis* 1 (1819) 382-397; Warnkönig, *De l'enseignement*, *op. cit.*, 142-160. Dit artikel is met de letters "A.G." getekend, maar in de inhoudstafel word het wel aan Warnkönig toegeschreven.

50 Leopold August Warnkönig, *Das Recht des Besitzes etc.*, in *Thémis* 3 (1821) 224-245 en in *Thémis* 5 (1823), 345-368, 468-477.

51 *Thémis* 6 (1824) 261-268.

52 Harsin, *Notices biographiques*, *op. cit.*, 6.

53 Harsin, *loc. cit*.

54 Paul Harsin, *Quelques incidents de la vie universitaire à Liège et à Louvain avant la Révolution de 1830*, in *La Vie Walonne* 10 (1929-1930), 323.

55 Wild, *op. cit.*, 2: "Niederschetternde Enttäuschung trifft ihn nach emphatischem Erglühen in Freundschaftsgefühlen, hingebungsvolles, fast peinliches Öffnen seines Innersten wechselt mit krampfhaftem Sichverschließen; sein Gemüt schwankt zwischen einem Himmelhoch-Jauchzend und Zu-Tode-Betrübt".

56 Le Roy, *op. cit.*, col. 646-647. Le Roy schrijft dat Warnkönig een ernstige ziekte had.

recht van Leuven vacant geworden, door de dood van De Bruyn[57]. Maar eigenlijk was Warnkönig waarschijnlijk niet altijd een makkelijke collega. In zijn heel actieve fasen, kon hij ook heel erg beledigend zijn, met aanfluitingen zoals "oberflächlicher Schwadroneur" of "talentloser Halbnarr"[58].

Van de Leuvense periode valt niet zoveel te herinneren. Zijn wetenschappelijke samenwerking met de twee andere buitenlandse collega's van zijn nieuwe faculteit, Birnbaum en Holtius, was wel heel goed. Allebei werden dicht bij het tijdschrift *Thémis* betrokken[59]. *Thémis* was door de dood van zijn directeur Athanase Jourdan helemaal veranderd[60]. De Fransen hebben toen hun interesse in *Thémis* ruimschoots verloren en Warnkönig heeft het tijdschrift bijna alleen beheerd.

Voor de rest was het verblijf van Warnkönig natuurlijk uiterst kort. Pas drie jaar na zijn aankomst in Leuven ontplofte de Belgische Revolutie, waardoor de rechtsfaculteit van de Rijksuniversiteit Leuven gesloten werd[61]. In heel België werden negenentwintig buitenlandse professoren ontslagen, onder wie ook Warnkönig. Maar een besluit van de voorlopige regering verzocht hem de leerstoel van Pandecten in de Rijksuniversiteit Gent te aanvaarden. Het is dus de tweede keer, dat een rechtsfaculteit in Leuven gesloten wordt.

6. Warnkönig in Gent

Vóór 1830 werden de cursussen Instituten en Pandecten hier door de advocaat De Ryckere gegeven, van wie Warnkönig schreef, dat hij nog altijd Romeins recht doceerde volgens de oude methode van Bartolus[62]. Maar in 1830 vroeg en kreeg De Ryckere zijn emeritaat; de cursussen Romeins recht zouden nu aan twee meesters van de Duitse historische school toevertrouwd worden: Haus en Warnkönig. De eerste zou de Instituten doceren, de tweede de Pandecten.

Ook in Gent werd het wetenschappelijk werk van Warnkönig heel geapprecieerd. In het bijzonder was hij de eerste die de politieke geschiedenis en de instellingen van Vlaanderen heeft onderzocht[63]. Met dit onderwerp trok Warnkönig ook de aandacht van Koning Leopold I[64] en zijn invloed over de Koning ging zelfs crescendo.

Maar dezelfde relationele problemen zoals eerder in Luik en in Leuven hebben hem tot de beslissing gebracht, om België definitief te verlaten. De Belgische regering heeft wel nog een poging gedaan om Warnkönig nog een leerstoel in Luik aan te bieden, met een ongewoon hoog inkomen[65], maar Warnkönig's beslissing was onherroepelijk. Zijn

57 Officieel ging hy naar Leuven om dichter bij zijn schoonbroer Mone te wonen (Zie De Saint-Genois, *op. cit.*, 6-7; Wild, *op. cit.*, 16).

58 Wild, *op. cit.*, 38.

59 Bonnecase, *op. cit.*, 238-239.

60 Bonnecase, *op. cit.*, 264-272.

61 De Saint-Genois, *op. cit.*, 7; Le Roy, *op. cit.*, col. 607.

62 Warnkönig, *De l'état de l'enseignement*, *op. cit.*, 160-161.

63 Zie De Saint-Genois, *op. cit.* 8; Le Roy, *op. cit.*, col. 608-611; Wild, *op. cit.*, 28-34.

64 De Saint-Genois, *op. cit.*, 8-9; Le Roy, *op. cit*., col. 609; Wild, *op. cit.*, 32-34.

65 Wild, *op. cit.*, 34.

wetenschappelijke banden met België bleven wel altijd bestaan, maar de Duitse meester aanvaardde dus een roep naar Freiburg-im-Breisgau. Leuk genoeg had Warnkönig wel een beetje spijt. In haar biografie laat Gisela Wild hem zo aan het woord: "Warum nur, fragt er sich, ist er in diese Wüste gegangen?"[66]

7. Warnkönig en Laurent

Wat zijn de banden tussen Warnkönig en Laurent geweest? Gisela Wild schrijft in Warnkönig's biografie, dat François Laurent een leerling van Warnkönig was, wat een beetje vreemd klinkt. Laurent is pas in 1830 vanuit Luxemburg in Luik aangekomen om te studeren, en toen had Warnkönig Luik al verlaten. En toen François Laurent in Gent aangekomen was, was het als professor en kon hij moeilijk een leerling van Warnkönig worden. Laurent en Warnkönig waren dus collega's en hadden geen meester-leerling relatie.

Van waar komt de veronderstelling van Wild? Ze citeert hier een stuk van Laurent, dat deze in een tijdschrift schrijft, met als titel: *Le messager des sciences historiques, des arts et de la bibliographie de Belgique*[67]. In deze korte tekst beklaagt Laurent zich dat hij geen grondiger overzicht van Warnkönig's werken kan geven, omdat er in België geen enkel juridisch tijdschrift is. Daardoor moet hij dus in *Le messager* schrijven:

> Nous regrettons que la nature du recueil dans lequel paraît cette analyse sommaire, ne nous permette pas d'entrer dans une discussion sur le fond de la matière; nous ne pouvons le faire ailleurs, la Belgique n'a pas de journal de droit! Nous avons à peine pu indiquer le contenu de l'ouvrage de M. *Warnkönig*. Si cette annonce tombe sous ses yeux, nous le prions d'y voir un témoignage de la gratitude que ses élèves ont conservée pour ses leçons. Si nous ne profitons plus de son enseignement, nous profitons toujours de ses livres[68].

Als François Laurent niet direct de leerling van Warnkönig was, voegt hij zich wel bij de studenten die veel van hem hebben geleerd.

De huldiging die Laurent over Warnkönig schrijft verdient om gelezen te worden:

> M. *Warnkönig*, auteur de l'ouvrage intitulé: *Juristische Encyclopedie* (Erlangen 1853, 1 vol. gr. in-8°, de 569 pages), dont nous allons rendre compte, a professé dans les universités fondées sous le royaume des Pays-Bas, de 1817 à 1836. Il appartient à cette colonie de savants auxquels le Gouvernement hollandais donna la haute mission d'initier la Belgique à la culture scientifique de l'Allemagne. M. *Warnkönig* a noblement rempli sa tâche. Dans les universités de Liège, de Louvain et de Gand, il releva l'étude du droit romain qui dans l'ancien établissement de Louvain était devenu une sèche synthèse, où

66 Wild, *op. cit.*, 35.

67 François Laurent, *Un mot sur les travaux récents de M. le Professeur Warnkönig*, in *Le messager des sciences historiques, des arts et de la bibliographie de Belgique*, Année 1854, 315-316.

68 Laurent, *op. cit.*, 324.

> l'on aurait cherché en vain une étincelle du génie qui distingue les jurisconsultes de Rome. M. *Warnkönig* et ses collègues opérèrent une révolution dans l'enseignement. Nous nous rappelons avec un bonheur mêlé de quelque tristesse ces temps où régnait dans nos universités une vie scientifique tous les jours plus active, plus étendue. M. *Warnkönig* prêchait d'exemple. Il publia des ouvrages sur le droit romain, sur le droit naturel. Appelé à une chaire dans la capitale des Flandres, il se livra avec ardeur à un travail dont l'illustre *Savigny* lui avait en quelque sorte fait un devoir. Son *Histoire politique et civile de la Flandre*, fruit de longues et pénibles recherches, montra aux Belges la voie dans laquelle il fallait marcher pour cultiver l'histoire de leur patrie. Lors de la réorganisation de l'enseignement en 1836, M. *Warnkönig* quitta la Belgique. Presque tous ses collègues allemands, moins heureux que lui, avaient été obligés d'abandonner leurs chaires en 1830, victimes des passions peu éclairées du moment. Qu'il nous soit permis à nous, qui avons profité des leçons de ces hommes savants et modestes, de leur payer ici le tribut de notre reconnaissance. C'est à eux que la Belgique doit ce qu'elle a de vie intellectuelle; ils ont allumé le feu sacré de la science; entretenons-le avec piété, avec zèle. Le développement matériel, la richesse ne suffit pas pour la gloire d'un pays; sans la science et les arts, l'industrie et le commerce conduisent tout droit à la barbarie[69].

François Laurent wist dus wel hoeveel België aan Warnkönig verschuldigd was. Zelfs al waren – zoals eerder al gezegd – enkele studenten niet zo dankbaar, bleken de collega's veel lof ook voor de colleges van Warnkönig over te hebben. Zo bij voorbeeld ook Jules de Saint-Genois, die zich herinnert[70]: "J'appartenais à cette jeunesse avide d'écouter cette parole, aussi ingénieuse par le fond que pittoresque par la forme, et tout empreinte de germanismes, bien qu'il s'exprimât en français avec autant de feu que de volubilité".

Baron Jules de Saint-Genois des Mottes[71] was een professor van de Universiteit Gent. Hij heeft (vanaf 1831) in Gent gestudeerd, in de tijd dus toen Warnkönig daar ook professor was. In tegenstelling tot François Laurent, was De Saint-Genois dus wel een leerling van Warnkönig[72]. Naast Evrard Dupont, heeft België dus met De Saint-Genois een tweede leerling van Warnkönig.

Jules de Saint-Genois is ook dertig jaar lang de directeur van het pas vermelde tijdschrift geweest: *Le Messager des sciences historiques*, en hij werd in 1851 de eerste voorzitter van het Willemsfonds.

Blijkbaar[73] heeft hij ook een leerstoel in Luik aangeboden gekregen en geweigerd. De rechtsfaculteiten van Gent en Luik hebben wel nog meer in gemeen dan men zou kunnen denken.

69 Laurent, *op. cit.*, 315-316.

70 De Saint-Genois, *op. cit.*, 9.

71 P. de Decker, *Notice sur la vie et les travaux de M. le baron Jules de Saint-Genois*, Bruxelles 1869.

72 De Decker, *op. cit.*, 8.; en ook: *Discours prononcé par M. Haus, recteur de l'université de Gand, au nom de cet établissement* (bldz. 44 van hetzelfde boekje).

73 Dit heb ik alleen op Wikipedia gelezen: *http //nl.wikipedia.org/wiki/Jules_de_Saint-Genois* (laatst gelezen op 13/05/2014).

Abstract

The universities of Ghent and Liège were both established in 1817, the year of the discovery of the Veronese palimpsest. For the University of Liège, it meant that an eminent German academic, Leopold August Warnkönig, would bring the knowledge of the German Historical School not only to Liège, but also to Belgium, as he also taught at the Universities of Louvain and Ghent. Warnkönig is probably somewhat less known in Belgium than François Laurent, who followed a similar academic journey: studying in Liège and becoming a professor in Ghent. This article tries to shed some light on the achievements of Warnkönig – a great German scholar who deserves much credit for his contribution to Belgium jurisprudence.

ROMAN LAW AND THE *CAUSA LEGITIMA* FOR REPRISAL IN BARTOLUS

Jacob Giltaij* **

1. Introduction

I became acquainted with Laurens Winkel when I attended a course on the history of international law, which he presented at the Erasmus University in Rotterdam. I passed this course by writing what I generally refer to as my 'second master's thesis', a paper dealing with the development of rules governing conflict between the legal systems of the Italian city-states in the various works of the famous fourteenth-century jurist Bartolus de Saxoferrato. This paper led to a proposal that I conduct research into the possibility that there might be in Roman law a precursor to the modern idea of human rights. I wrote my doctoral thesis, supervised by Laurens Winkel, on that subject, and obtained my doctorate at the Erasmus University in 2011. This dissertation features many of the ideas treated previously in the master's thesis as well as themes dealt with in the course on the history of international law, such as the reception of Roman law from the Middle Ages onwards, and the development of the notion of *ius gentium*. When supervising doctoral theses, Laurens Winkel also inspires in his own students his great passion for legal history. Other students will have experienced this before me and it is to be hoped that many will do so after me. It is for this reason that I dedicate this article to him in friendship and appreciation, as a small appendix to my 'second master's thesis'.

The reception of Roman law in the early development of a law of nations in the later Middle Ages and early modern period, particularly with regard to 'private law analogies' as studied by Lauterpacht, is one of the main themes in the publications of Laurens Winkel, for example in a paper published in 2004[1]. Even though the jurist Bartolus de

1 L. Winkel 'The peace treaties of Westphalia as an instance of the reception of Roman law' in R. Lesaffer (ed.) *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One* (2004) 222-237, generally referring to Lauterpacht's private-law analogies at 224; and to *uti possidetis* at 230; and military occupation at 232 in the treaty of Westphalia in particular. Cf. H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927); R. Lesaffer, 'Argument from Roman law in current international law. Occupation and acquisitive prescription' 2005 *European Journal of International Law* 25-58.

* Post-doctoral Researcher, Faculty of Law, University of Helsinki; formerly, Junior Researcher, Paul Scholten Centre, Faculty of Law, University of Amsterdam.

** The author wishes to express his grateful thanks to Prof. dr. J. Hallebeek (VU Amsterdam) for his comments and suggestions.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 349-356

Saxoferrato may be seen as of fundamental importance in both the reception of Roman law in Western Europe and the development of international (private) law[2], he hardly figures in the work of Lauterpacht. It was other historians of international law, such as Ziegler and Grewe, who read a type of analogy between the *ius belli* doctrine and the theory of reprisals into Bartolus' *Tractatus represaliarum* (1354), which they characterised as a 'höchst scharfsinnigen und eingehenden Darstellung des Repressalienrechts'[3]. At first glance, it seems that the reprisal Bartolus had in mind does not coincide with a state's right to defend itself, comparable to the right later enshrined in article 51 of the Charter of the UN. It is, rather, a precisely formulated alternative type of legal remedy, primarily available to commercial traders as private parties where they cannot appeal to a tribunal or court[4]. Moreover, even though Grewe suggests that Roman law did have some influence on Bartolus when he was developing his doctrine of reprisals, he also states that the jurist did not find any precursors of the right of reprisals in Roman law itself[5], and emphasises that as regards the 'analogy' to the *ius belli*, Bartolus had recourse to scholastic rather than Roman legal sources[6].

2. Reprisal and self-defence in Roman law

The question whether Bartolus made use of Roman law in developing his doctrine of reprisals, possibly even analogous to his theory on the *ius belli*, was addressed somewhat indirectly by Winkel in another publication[7]. He there referred to Bartolus when discussing whether there had already been precursors of Vitoria's theory of a 'just war on both sides' in medieval civilian scholarship. Undoubtedly, these could be found in theology and canon law, as confirmed by Haggenmacher[8], but in medieval Roman-law doctrine this was not so obvious. Winkel suggested that a Roman-law basis for a theory of just war, based on self-defence, may be found in D. 43.16.3.9, but that Bartolus did not refer to it. Winkel's suggestion is interesting when one considers the content of this Digest text, which in theory seems to provide the 'sedes materiae' for a doctrine of reprisals and a possible connection between reprisals and the theory of just war:

> D. 43.16.3.9 Ulpianus *Libro sexagensimo nono ad edictum*: "Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus non solum resistere permissum, ne deiciatur, sed et si deiectus quis fuerit, eundem deicere non ex intervallo, sed ex continenti." (Thus, the one who comes with arms we may drive

2 For instance, K.-H. Ziegler 'Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts' 1972 *Ius commune* IV 16; P. Stein 'Bartolus, the conflict of laws and the Roman law' in *The Character and Influence of the Roman Civil Law* (1988) 83-90.

3 Q. 3.2.3: *concedere repraesalias est indicere bellum*; Ziegler (n. 2) 17; G. Grewe *Epochen der Völkerrechtsgeschichte* (1984) 145.

4 Grewe (n. 3) 145-146.

5 *Idem* 146.

6 *Idem* 147.

7 L. Winkel 'Francisco de Vitoria on just war on both sides and on the legal position of Burgundy' 2007 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 358.

8 *Ibid*.; cf. P. Haggenmacher *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (1983) 209-221.

> back with arms, but at once, not after a lapse of time. We should know that it is not only permissible to offer resistance in order to avoid being expelled, but that even if someone is expelled, he may expel the other, albeit not with the lapse of time, but at once.)

The text was originally written in the context of the *interdictum de vi armata*, in terms of which one may defend one's property by force if necessary[9]. This is certainly not the only source of a doctrine on reprisals and self-defence in the Roman legal sources. Self-defence and self-help constituted a fundamental principle of Roman law in its classical period, expressed by the maxim *vim vi repellere* (*licet*)[10]. For instance, in the early Empire the jurist Gaius Cassius Longinus employed the maxim in the context of the *interdictum unde vi* as stemming from the ius naturale[11].

In this respect, it has been argued that the Roman jurists' approach to self-defence was influenced by Greek philosophy. The following text was thought to suggest this[12]:

> D. 1.1.3 Florentinus *Libro primo institutionum*: "Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse." (And that we offer resistance against violence and injustice, because from this right it follows that what someone does to protect his own body, is considered to have been done rightfully; because nature established between us a kind of fellowship, it is accordingly wicked for one man to attack another.)

In the text, defence of one's own body is said to be lawful because there is a common bond among all human beings. Thus self-defence is not only 'legal' and 'natural' as Cassius argues, but is also, according to Florentinus, founded on a distinctly Stoic theory of justice, one based on a natural fellowship between men[13]. In view of these texts, adopted in Justinian's Digest, the suggestion made by Mladen that the *Corpus iuris* does not mention reprisals at all, seems to be false or at least misleading[14]. On the other hand, the reprisal that Bartolus has in mind seems to differ from the notion of reprisal in the maxim *vim vi repellere* (*licet*) of Roman law. Whereas the *Corpus iuris* compared the practice of self-defence with the protection of legal remedies[15], in the *Tractatus represaliarum*

9 O. Lenel *Das Edictum perpetuum* (1883) 374-376.

10 T. Mayer-Maly 'vis' *RE* 2 17 Band IX A1 (1961) col. 318: 'eines Zeitpunkts vor Cassius und Sabinus', referring to *Pro Milone* 10-11, but also Cicero is 'kaum der Erste'.

11 D. 43.16.1.27; O. Lenel *Palingenesia juris civilis* I (1889) col. 122 no. 118; A. Wacke 'Notwehr und Notstand bei der Aquilischen Haftung. Dogmengeschichtliches über Selbstverteidigung und Aufopferung' 1989 *ZRG RA* 474. Compare T. Mommsen *Römisches Strafrecht* (1899) 620-621; Mayer-Maly (n. 10) col. 314; W. Waldstein 'Vorpositive Ordnungselemente im Römischen Recht' 1967 *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht* 1-26.

12 Lenel (n. 11) col. 171 no. 1; L. Winkel 'Die stoische oikeiosis-Lehre und Ulpians Definition der Gerechtigkeit' 1988 *ZRG RA* 677-678.

13 E. Schrage *Libertas est facultas naturalis* (1975) 41 n. 42; H. Wagner *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius* (1978) 166; Winkel (n. 12) 677-678; Wacke (n. 11) 474 n. 28; J. Giltaij *Mensenrechten in het Romeinse recht?* (2011) 137-138.

14 L.M. Mladen 'Bartolus the man' 1978 *Annals of the New York Academy of Sciences* 334.

15 See also D. 9.2.45.4; Lenel (n. 11) col. 1280 no. 1809; Mayer-Maly (n. 10) col. 314-315; Wacke (n. 11) 474.

the reprisal is depicted as a type of legal remedy, albeit one enforced by one city-state against another.

3. Reprisal in the *Tractatus represaliarum*

Does this mean that Bartolus did not refer to the *Corpus iuris* at all in his *Tractatus represaliarum*? While commenting on the notion and function of the reprisal in the *Tractatus represaliarum*, Woolf has illustrated the difficulty of reconciling the Holy Roman Emperor's loss of *de facto* power with the rise of the Italian city-states in the fourteenth century[16]. *De iure* the operation of the statutes of the city-states could not extend beyond their walls. Yet the Emperor was often *de facto* unable to adjudicate disputes that were outside the scope of the jurisdiction of individual city-states[17]. This led to a dramatic rise in the use of reprisals as a means of individual self-help in the thirteenth and fourteenth centuries[18]. Although Bartolus reluctantly acknowledges the right of self-defence[19], he also tries to minimise and formalise this right in the context of reprisals as much as possible[20]. According to Van de Kamp, in granting reprisals the procedure is as follows: if one has a claim against someone in another *civitas*, first one has to go to the debtor's *civitas* and request a judgment against him. If this fails, the next step is to seek permission for the reprisal in one's own *civitas*, taking into account the formalities of the statute of that *civitas*. If the statute does not contain specific regulations, the procedure has to comply with the *ius commune*. Reprisals are not granted where there appears to be no right, or the debtor finally pays his debt or promises to do so[21].

From this discussion, it is clear that there is a major difference between the notion of self-defence in Roman law and the reprisal as formulated in the *Tractatus represaliarum*. Bartolus himself even indicates this in the *Proemium* to the *Tractatus* itself, stating that the question of reprisals did not arise in the days of the Roman Empire, since the parties to a conflict always had recourse to a higher jurisdiction[22]. In the time of Bartolus,

16 C.N.S. Woolf *Bartolus of Sassoferrato* (1913) 203-204.

17 Woolf (n. 16) 204; Q.R.D. Skinner *The Foundations of Modern Political Thought* I (1978) 10-12; Stein (n. 2) 85.

18 J.G. O'Brien 'In defense of the mystical body: Giovanni da Legnano's theory of reprisals' 2002 *Roman Legal Tradition* 26.

19 Woolf (n. 16) 202 conceded to the 'bannitus''de iure naturali' and 'de iure gentium'. In his comment on D. 1.1.3, Bartolus makes the same distinction: Bartolus de Saxoferrato *Opera omnia* (1589) *ad* D 1.1.3.17-20. Calasso, among others, indicates the basic view in the works of Bartolus that reprisals were unlawful: F. Calasso *Medio evo del diritto I. Le fonti* (1954) 576.

20 Similarly, in one of his *consilia* (no. 228), Bartolus declares a judgment in a case involving self-defence void, since the plea had not been properly considered, and witnesses had not been heard. The decision is founded on Roman law, with regard not to the legality of the act or the plea itself, but the procedural aspects; D. 4.7.1pr.: H. Coing 'Die Anwendung des Corpus Iuris in den Consilien des Bartolus' in D. Simon (ed.) *Gesammelte Aufsätze* I (1982) 145.

21 J.L.J. van de Kamp *Bartolus de Saxoferrato 1313-1357* (1936) 56-57.

22 *Proemium* to the *Tractatus represaliarum* as quoted by Woolf (n. 16) 203. Also, Van de Kamp (n. 21) 56.

reprisals were thus only allowed when a supreme jurisdiction was lacking[23], in which case, they were allowed in accordance with the jurisdiction of the individual city-states[24]. Therefore, reprisals were only lawful when two conditions were satisfied: firstly, they might only be granted by those who had no superior[25]. Thus the city-states involved must not be subject to a higher jurisdiction. Moreover, the city-states in question themselves had to be 'superior authorities', which meant that the cities of both the debtor and the creditor had to be *civitates sibi princeps*, in which the Holy Roman Emperor did not function as a *de facto* adjudicator[26]. Secondly, the reprisal could be sanctioned only for a just cause[27]. It is this second condition that interests us the most: Haggenmacher states that the analogy between the *ius belli* and the reprisal in Bartolus is to be found chiefly in reliance on a *causa legitima*[28].

4. References to Roman law in the discussion of the *causa legitima* for a reprisal?

The *causa legitima* as a requirement for both a just war and granting a reprisal has to be an act of aggression (*vis*) or injustice (*iniuria*)[29]. Interestingly, this dichotomy between *vis* and *iniuria* also appears in a Roman legal text, namely D. 1.1.3 as quoted above[30]. Moreover, in his commentary on this text as well in the *Tractatus represaliarum*, Bartolus indicates that the act of aggression has to consist of more than a slight injustice[31]. However, according to Haggenmacher, Bartolus refers to no Roman legal texts in discussing the *causa legitima* for granting reprisals. Instead, his discussion appears to be based on works in the field of moral theology, mainly by Augustine and Thomas Aquinas[32]. Certainly, this is the case in *Quaestio* 1.1 of the *Tractatus*, dealing with the reprisal *in foro conscientiae.* In this context, Bartolus adds the requirement of an *intentio recta*, citing Augustine (*Contra Faustum*, XXII.74) and Thomas Aquinas (*Summa theologiae,* Secunda secundae partis, Q. 40, art. 1). However, in the subsequent *Quaestio* 1.2 Bartolus proceeds to discuss whether reprisals are allowed *in foro civili* and

23 Woolf (n. 16) 204-205: Q. 2.5.12 and Q. 3.2.3. See also, Giovanni da Legnano's theory: O'Brien (n. 18) 26 n. 3.

24 Woolf (n. 16) 204: Q. 3.2.4.

25 Woolf (n. 16) 204; O'Brien (n. 18) 30 n. 20; Q. 3.2.3: *et sic ex parte concedentis represalias requiritur quod sit talis qui superiorem non habet.*

26 J.N. Figgis 'Bartolus and the development of European political ideas' 1905 *Transactions of the Royal Historical Society* 157-159; Skinner (n. 17) 11-12; M. Ryan 'Bartolus of Sassoferrato and free cities' 2000 *Transactions of the Royal Historical Society* 66, 84-85. The distinction between *de iure* and *de facto* authority is moot according to Van de Kamp (n. 21) 56.

27 Woolf (n. 16) 205: Q. 1.2.4, see below.

28 Haggenmacher (n. 8) 169 n. 633: Q. 1.2.4.

29 Haggenmacher (n. 8) 170 n. 636: Q. 2.4.

30 Apart from D. 1.1.3, also Florentinus in D. 1.5.4pr.: *nisi si quid vi aut iure prohibetur*; Schrage (n. 13) 47.

31 Compare Bartolus (n. 19) *ad* D. 1.1.3.18-19 and Haggenmacher (n. 8) 170.

32 Haggenmacher (n. 8) 169, and 154 for the just war-theories of Augustine and Thomas Aquinas.

if so when. *Quaestio* 1.2 commences by referring to the problem of the debtor's *civitas*, refusing to provide a legal remedy for the creditor in question[33]. When there is indeed no other legal remedy available, the creditor's *civitas* may grant him the reprisal, provided it has 'superior authority'[34].

At this point, Bartolus comments on the second condition for granting reprisals, the 'legitimate cause'[35]:

> Bartolus de Saxoferrato, Tractatus represaliarum, *Quaestio* 1.2.4-6: ... "Causa autem legitima esse uidetur, quod dominus, gens, vel populus requisitus iustitiam facere neglexerit … Hoc idem videtur tenere sanctus Thomas de Aquino, ut dixi in praecendenti quaestione. Si bene aduertantur praedicta, mihi videtur, quod ius concedendi represalias non iure civili, uel canonico sit inductum, sed magis iure diuino, dicto capitulo Dominus noster (C. 23 q.2 c.2), et de iure gentium quidam permittunt bella licita, l. Ex hoc iure ff. de iust. et iu. (D. 1.1.5) et quod ibi notaui. Et bellum licitum est ex causis praedictis, quod etiam probatur, quia de iure gentium est, quod id quod quis ob tutelam sui corporis fecerit, videtur fecisse iuste, ut ff. de iustit. et iu. l. Vt vim. (D. 1.1.3). Corpus intellego siue loquamur de uno individuo, siue de uno corpore mixto. Vnde ob tutelam unius ciuis potest civitas indicere bellum, sicut unus particularis potest indicere bellum contra omnes ob tutelam personae suae, et suarum rerum, ubi superioris copia, uel aliud remedium haberi non potest, ut dictis iuribus et ff. quod ui aut clam. l. Si alius § Bellissime (D. 43.24.7.3) … et praedicta puto iuri gentium, et ueritati ciuili consonare … ." (It seems to be a legitimate cause, however, that the prince, tribe or nation which is assaulted has neglected to provide justice … Saint Thomas Aquinas seems to hold the same, as I have stated in the preceding *quaestio.* If the aforementioned things are correctly observed, it seems to me that the right to concede reprisals is not introduced by civil or canon law, but rather by divine law, as in C. 23 q.2 c.2, referred to above, and on the basis of the law of nations just wars are simply allowed, as stated in D. 1.1.5 and my commentary on that provision. And a war is permitted on the grounds mentioned above, which is also demonstrated because it is in conformity with the law of nations that what one does to protect one's body is regarded as having been done justly, as is stated in D. 1.1.3. I understand the term body to mean either a specific body or a 'united body'. Hence, in order to protect one citizen the state is entitled to declare war, just as one individual is entitled to declare war against all to protect himself and his assets, where there is no recourse to a supreme authority or another remedy, as in the provisions mentioned and in D. 43.24.7.3 … and I am of the opinion the aforementioned is in conformity with the law of nations and the civil truth … .)

Apart from the references to Thomas Aquinas and the *Decretum Gratiani*, we find several allusions to texts from the *Corpus iuris civilis* in this part of the *Tractatus represaliarum*.

33 Q. 1.2.3: *Et* (*represaliae*) *sint licitae, cum gens, et populus iustitia requisiti facere neglexerint, ut C. 23 q. 2 c. 2 ubi hoc est expressum.* C. 23 q. 2 c. 2 'Dominus noster' of the *Decretum Gratiani* concerns the conditions for waging a just war.

34 Woolf (n. 16) 205 n. 2; Q. 1.2.4: *Doctores omnes communiter in sententiam istam inclinant quod si quidem contra illum hominum vel populum, qui iustitiam facere et debitum reddere neglegit, potest haberi recursus ad superiorem, tunc represaliae sunt licitae duobus intervenientibus. Primo requiritur superioris auctoritas; non enim licet alicui sua auctoritate ius sibi dicere … .*

35 For the text, I have used Bartolus de Saxoferrato *Omnium iuris interpretum antesignani consilia, quaestiones et tractatus* (Venice 1590) adn. Iacobi Anelli de Bottis vol. X.

According to Bartolus, the ultimate source for reprisals is not civil or canon law, but rather divine law and the law of nations[36]. Then the law of nations is discussed, firstly following D. 1.1.5, which states that wars were introduced by the *ius gentium*[37]. Secondly, since both texts consider the content of the *ius gentium*, Bartolus relates D. 1.1.5 to D. 1.1.3. Constructing an analogy between war and reprisal, the just cause for both under the law of nations is the *tutela corporis* or the protection of one's own body, or of the 'united body' of citizens as a whole. Finally, we do indeed come across a reference to a text taken from a Digest-rubric regarding the *interdictum de vi*[38]. The text concerns a defence (*exceptio*) seeking to bar the interdict in question, to be used when someone has of his own accord demolished a building that was constructed by force or secretly. The text makes it clear that this form of self-help should be used only when there is good and sufficient cause to do so[39]. It may be argued that Bartolus refers to the text because a legal remedy is available in the first place, which illustrates the point he made in the *Proemium* about the mutual exclusivity of legal remedy and reprisal[40].

5. Conclusion

While Bartolus may refer to D. 1.1.3 and other Roman legal sources in this context, it is clear that the reasoning in the Roman texts differs from that of Bartolus. D. 1.1.3 does not explicitly state war to be a consequence of the absence of a legal remedy. Nor is recourse to a supreme jurisdiction suggested as an alternative to reprisal in the text. Moreover, whether scholastic or canon law thinkers or Bartolus himself equated violence against one citizen with a transgression against a 'united body' of citizens, this idea is certainly not to be found in the Roman legal sources. On the other hand, the analogy between reprisal and war that was emphasised in the *Tractatus represaliarum* and referred to by Ziegler, Haggenmacher and Grewe is partially formulated according to texts from the *Corpus iuris civilis*. This follows from the connection Bartolus makes between D. 1.1.3 and D 1.1.5, both pertaining to *ius gentium.* The texts allow Bartolus to declare *tutela corporis* to be a *causa legitima* for reprisal. Furthermore, he refers to texts from the *Corpus iuris civilis* in order to emphasise the basic unlawfulness of reprisal as compared to legal remedies. Therefore it seems that Bartolus does not derive his views on the *causa legitima* for reprisal from any single source or school of thought. As is perhaps typical

36 Woolf (n. 16) 206; O'Brien (n. 18) 30.

37 D. 1.1.5: *Ex hoc iure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt*. Bartolus (n. 19) ad D. 1.1.5.21 notes a war is legitimate to defend oneself as stated in D. 1.1.3.

38 Though not the *interdictum de vi armata*, but the *interdictum quod vi aut clam*: Lenel (n. 9) 387. See, also, Q. 1.2.3-4 which contains a similar reference.

39 D. 43.24.7.3: *Bellissime apud Iulianum quaeritur, an haec exceptio noceat in hoc interdicto quod non tu vi aut clam feceris'? … Quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa; alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet.*

40 Compare on Roman law: Mayer-Maly (n. 10) col. 323: 'der Gegensatz zwischen individuellem und behördlichem Vorgehen dargegen beherrschte gewiß schon die Vorstellung der Klassiker'.

of the approach of Bartolus, canon law and scholastic thought, as well as Roman legal sources, all feature in the *Tractatus represaliarum*.

Abstract

Writers on the history of international law, such as Grewe and Ziegler, maintain that in the *Tractatus represaliarum* by the fourteenth-century jurist Bartolus de Saxoferrato, there is an analogy between *ius belli* and reprisal. According to these scholars, Bartolus derived his theory of *causa legitima* for both war and reprisals solely from scholastic thought. This seems curious, since in the *Corpus iuris civilis* itself there are numerous texts dealing with reprisals and self-defence. This article therefore aims to establish whether Bartolus did indeed refer to any Roman legal text in his treatment of the *causa legitima* for reprisal.

PFANDRECHT UND NIESSBRAUCH – MEHRFACHBESTELLUNG UND KONVALESZENZ BESCHRÄNKTER DINGLICHER RECHTE IM RÖMISCHEN, IM GEMEINEN UND IM GELTENDEN RECHT

Peter Gröschler*

Die Pfandrechtskonvaleszenz im römischen Recht ist seit jeher ein vieldiskutiertes Problem. Der vorliegende Beitrag versucht, durch einen Vergleich mit dem gemeinen und dem geltenden Recht, zu neuen Erkenntnissen auch für das klassische römische Recht zu gelangen. Dazu muss der Untersuchungsgegenstand, was das gemeine Recht betrifft, auf den Nießbrauch ausgedehnt werden. Kernfrage ist, wie die Konvaleszenz bei beschränkten dinglichen Rechten, die nur ein einziges Mal wirksam bestellt werden können, zu bewerten ist.

1. Die Pfandrechtskonvaleszenz nach Julian und Afrikan

Den Ausgangspunkt der Überlegungen bildet das römische Recht, und zwar die altbekannte Afrikan- bzw. Julianstelle zur Pfandrechtskonvaleszenz:

> D. 20.4.9.3 Afr. 8 quaest.
>
> Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio: deinde domina eius pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit. si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est: atque ideo, quia neque tunc cum Maevio obligaretur neque cum Titio solveretur in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit, haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est si ignoravit Maevio obligatum esse.

Es ist davon auszugehen, dass Afrikan hier eine Entscheidung seines Lehrers Julian referiert und dazu möglicherweise selbst kritisch Stellung nimmt. Der in der Stelle

* Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Römisches Recht, Johannes-Gutenberg-Universität, Mainz.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 357-370

geschilderte Sachverhalt und die Entscheidung des Juristen, hier Julians, stellen sich wie folgt dar:

Titia hat ein fremdes Grundstück zweifach verpfändet, nämlich zuerst an Titius und anschließend an Maevius. Im Anschluss daran erwarb sie das Eigentum an dem Grundstück und übertrug es an ihren Ehemann als Mitgift, und zwar als *dos aestimata*, also mit der Verpflichtung zur Rückgewähr des festgelegten Schätzwerts bei Beendigung der Ehe[1]. Julian, auf den hier Afrikan mit *placebat* Bezug nimmt, war der Auffassung, dass es auch dann, wenn Titia ihre Schuld gegenüber Titius begleicht, nicht zur Konvaleszenz des Pfandrechts des Maevius kommt.

Die Erklärung, die wohl ebenfalls auf Julian zurückgeht, lautet wie folgt: Aufgrund der Befriedigung des ersten Gläubigers (*priore dimisso*) komme es nur dann zum Erstarken des Pfandrechts des nachfolgenden Gläubigers, wenn die Sache im bonitarischen Eigentum des Schuldners stehe, hier also der Titia. Im vorliegenden Fall nehme aber im maßgeblichen Zeitpunkt bereits der Ehemann die Rechtsstellung eines Käufers ein (*emptoris loco est*)[2]. Im Zeitpunkt der Befriedigung des Titius ist also bereits Titias Ehemann Eigentümer des Grundstücks. Da das Grundstück weder im Zeitpunkt der Verpfändung an Maevius noch im Zeitpunkt der Zahlung an Titius im bonitarischen Eigentum der Titia gestanden habe, gebe es – so Julian – keinen Zeitpunkt, zu dem das Pfandrecht des Maevius hätte konvaleszieren können. Im letzten Satz der Stelle findet sich die Einschränkung, dass dies nur dann gelte, wenn der Ehemann das Grundstück gutgläubig als Mitgift übertragen erhielt. Dazu sei erforderlich, dass der Ehemann nicht wusste, dass das Grundstück dem Maevius verpfändet war.

Die nachfolgenden Überlegungen basieren, was das römische Recht betrifft, im Wesentlichen auf den Untersuchungen von Schanbacher[3]. Erst soll die Verpfändung an Titius betrachtet werden, dann die Verpfändung an Maevius. Da Titia an Titius ein fremdes Grundstück verpfändet hat, konnte Titius zunächst kein wirksames Pfandrecht erwerben. Die wirksame Verpfändung setzt voraus, dass der Pfandgegenstand im bonitarischen Eigentum des Verpfänders steht. Die Klagformel der *actio Serviana*, die nachfolgend in der Rekonstruktion Lenels wiedergegeben ist, setzt das *in bonis esse* der Pfandsache voraus[4]:

> Si paret inter Aulum Agerium et Lucium Titium convenisse, ut ea res qua de agitur Aulo Agerio pignori esset propter pecuniam debitam, eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stare quo minus solvatur, nisi ea res arbitrio iudicis restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito.

Mit dem späteren Eigentumserwerb der Titia (*deinde domina eius pignoris facta*) kommt es zur Konvaleszenz des Pfandrechts des Titius. Zwar kennt das *ius civile* nicht die Möglichkeit der Konvaleszenz unwirksamer Geschäfte, sondern es gilt:

1 Siehe nur Kaser, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, 340.

2 Zum Vergleich der *dos aestimata* mit dem Kauf siehe Kaser (Fn. 1), 340[41].

3 Schanbacher, Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht, 1987, 21ff.

4 Lenel, Edictum perpetuum, 3. Aufl. 1927, 494f. (§ 267); vgl. auch Mantovani, Le formule del processo privato romano, 2. Aufl. 1999, 45 (Nr. 13).

D. 50.17.29 Paul. 8 ad Sab.
Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

Zur Konvaleszenz des Pfandrechts kommt es aber nach prätorischem Recht. Der Prätor gewährt dem Pfandgläubiger eine *actio Serviana utilis* mit abgewandelter Klagformel: An die Stelle des bonitarischen Eigentums des Verpfänders zum Zeitpunkt der Verpfändung tritt der nachträgliche Erwerb des bonitarischen Eigentums[5].

Dass das Pfandrecht des Titius mit dem Eigentumserwerb der Titia konvalesziert, wird in unsere Digestenstelle (fr. 9.3) nicht ausdrücklich gesagt, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt. Mit dem Ausdruck *priore dimisso* wird auf das Erlöschen des Pfandrechts des Titius aufgrund der Befriedigung, also aufgrund des Erlöschens der gesicherten Forderung, hingewiesen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass das Pfandrecht vor der Zahlung wirksam gewesen sein muss. Durch die Übereignung des Grundstücks an den Ehemann wird das zuvor konvaleszierte Pfandrecht des Titius nicht beeinträchtigt. Einen gutgläubiger lastenfreien Erwerb kennt das römische Recht nicht. Die Regel, wonach niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen kann, als er selbst hat[6], gilt auch im Hinblick auf beschränkte dingliche Rechte wie das Pfandrecht, die zu einer Schmälerung der Berechtigung des Eigentümers führen würden.

Was die zweite Verpfändung, nämlich die zugunsten des Maevius, betrifft, fehlte es zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung – wie schon bei der Bestellung des Pfandrechts für Titius – an der Berechtigung der Verpfänderin Titia, da sich das Grundstück zu diesem Zeitpunkt noch nicht in ihrem bonitarischen Eigentum befand. Mit dem späteren Eigentumserwerb der Titia konvalesziert nach Ansicht Julians zwar das Pfandrecht des Titius, nicht aber das des Maevius. Für das zweite Pfandrecht, also das des Maevius, soll es auf den Zeitpunkt des Ausscheidens des Titius, also auf den Zeitpunkt des Erlöschens des ersten Pfandrechts, ankommen (*tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res …*).

Wie lässt es sich erklären, dass es für das Pfandrecht des Maevius auf einen späteren Zeitpunkt ankommen soll als für das des Titius? Nach der traditionellen Auffassung, die immer noch die herrschende ist, soll das Pfandrecht des Maevius nicht als zweitrangiges Pfandrecht bestellt worden sein, sondern als aufschiebend bedingtes Pfandrecht[7].

5 Siehe D. 13.7.41 Paul. 3 quaest.; C. 8.15.5 (Diocl. et Maxim., 286 n. Chr.); vgl. auch D. 20.1.22 Mod. 7 diff. Hierzu Schanbacher (Fn. 3), 113ff., 116; Wacke, Die Konvaleszenz von Pfandrechten nach römischem Recht, SZ 115 (1998) 438, 444; Braukmann, Das Pfandrecht unter dem Einfluß der vorklassischen und klassischen Tradition der römischen Rechtswissenschaft, 2008, 80ff.

6 Siehe D. 50.17.54 Ulp. 46 ad ed.: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet.*

7 So bereits die Glosse *post Maevio* ad h.l.: *non simpliciter, sed ita, cum Titio desierit esse obligatum*. Im Sinne einer aufschiebend bedingten Verpfändung auch Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I, 1860, 264f.; Koschaker, Ein Beitrag zur Lehre vom Nachpfandrecht und vom bedingten Rechtsgeschäft, in: Scritti in onore di Contardo Ferrini III, 1948, 231, 233, 241f., 245; Miquel, El rango hipotecario en el derecho romano clasico, AHDE 29 (1959) 229, 250; Kaser, Über mehrfache Verpfändung im römischen Recht, in: Studi in onore di Giuseppe Grosso I, 1968, 26, 34ff. (= Ausgewählte Schriften II, 1976, 169, 178ff.); ders. (Fn. 1), 467 m.[41]; Schlichting, Die Verfügungsbeschränkung des Verpfänders, 1973, 45; Wieling, Pfandrecht, Mitgift, Exegese von Afr. (8 quaest.) D. 20.4.9.3, in: Sturm, Römisches Recht, 1977, 78, 81[7]; Wacke, Prozeßformel und Beweislast im Pfandrechtsprätendentenstreit, TR 37 (1969) 369, 370[4]; ders. (Fn. 5), 459; Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie, 1998, 98f., 203ff.; Ankum, Rez. zu

Dabei wird allerdings nicht immer ganz deutlich, ob eine von den Parteien, also von Titia und Maevius, gesetzte rechtsgeschäftliche Bedingung gemeint ist oder lediglich eine Rechtsbedingung in dem Sinne, dass der Wegfall des ersten Pfandrechts rechtliche Entstehungsvoraussetzung für das zweite Pfandrecht ist. In beiden Fällen impliziert aber die Vorstellung einer Bedingung, dass das Pfandrecht des Maevius nach dem Willen der Parteien erst dann wirksam werden soll, wenn das Pfandrecht des Titius erlischt.

Hinter der traditionellen Auffassung vom bedingten Pfandrecht steht wohl folgende Gaius-Stelle, in der es ebenfalls um das Verhältnis zweier Pfandrechte geht:

> D. 20.1.15.2 Gai. sing. de form. hypoth.
> Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est[8]: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus.

Wenn zwei Pfandrechte bestellt sind, sieht Gaius im Rahmen des zweiten Pfandrechts das *superfluum* als verpfändet an, also den Überschuss, der beim Verkauf des Pfandgegenstandes über die Forderung des ersten Gläubigers hinaus erzielt wird. Gaius stellt auch die Anschlussfrage, was hinsichtlich des Haftungsumfangs gelten soll, wenn das erste Pfandrecht wegfällt. Denkbar wäre, dass mit dem Wegfall des ersten Pfandrechts nun die ganze Sache für das zweite Pfandrecht haftet, was ein Aufrücken des zweiten Pfandrechts in die Rechtsstellung des ersten bedeuten würde. Nach Gaius' Ansicht (*sed illud magis est, quod prius diximus*) ändert der Wegfall des ersten Pfandrechts grundsätzlich nichts am beschränkten Haftungsumfang des zweiten Pfandrechts. Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn die Parteien tatsächlich vereinbart haben, dass sich das zweite Pfandrecht mit dem Wegfall des ersten auf den gesamten Wert der Sache erstrecken soll. Im Fall einer solchen Vereinbarung kommt man in der Tat zu einer aufschiebenden Bedingung: Der Wegfall des ersten Pfandrechts ist die von den Parteien vereinbarte Bedingung für die Haftungserweiterung.

Will man den Gedanken eines aufschiebend bedingten Pfandrechts auf unsere Digestenstelle (fr. 9.3) übertragen, muss man zunächst sehen, dass in der Stelle von einer bedingten Bestellung des Pfandrechts des Maevius keine Rede ist. Der Ausdruck *post Maevio* meint nur die zeitliche Abfolge, bietet aber keine ausreichende Grundlage dafür, eine bedingte Bestellung des Pfandrechts des Maevius anzunehmen[9]. Dagegen geht aus der Gaius-Stelle ganz klar hervor, dass die zweite Verpfändung nur insoweit erfolgen soll, als nicht das erste Pfandrecht Platz greift. Es spricht daher alles dafür, dass

Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie, SZ 118 (2001) 442, 453; Krämer, Das besitzlose Pfandrecht, 2002, 18[17]. Siehe auch die Nachweise bei Schanbacher (Fn. 3), 23[72].

8 Zur Frage, ob *ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est* als Glossem einzuordnen ist, siehe Miquel (Fn. 7), 257; Kaser (Fn. 7), 41[49] (= Ausgewählte Schriften II, 1976, 185[49]).

9 Vgl. Schanbacher (Fn. 3), 39.

das Pfandrecht des Maevius in fr. 9.3 unbedingt bestellt worden ist. Möglicherweise hat Maevius vom Pfandrecht des Titius nicht einmal etwas gewusst. Dass es derartige Fälle einer verdeckten Doppelverpfändung durchaus gab, legt der Hinweis auf die „Gefahr, die denjenigen droht, die mehrmals dieselben Sachen verpfänden“ (*periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant*) in der Gaius-Stelle nahe. Gemeint ist eine mögliche Bestrafung wegen betrügerischen Handelns (*stellionatus*), wenn gegenüber dem zweiten Pfandgläubiger das erste Pfandrecht nicht offengelegt wird[10].

Hinzu kommt, dass selbst dann, wenn man in fr. 9.3 eine aufschiebend bedingte Bestellung des Pfandrechts des Maevius annehmen würde, sich die Entscheidung Julians damit nicht erklären ließe[11]. Bereits im römischen Recht galt der Grundsatz, dass derjenige, der ein Recht aufschiebend bedingt erworben hat, vor Zwischenverfügungen geschützt ist[12]. Das zeigt etwa folgende Stelle, in der es darum geht, dass ein Sklave durch Vindikationslegat unter einer aufschiebenden Bedingung vermacht ist:

> D. 30.69.1 Gai. 2 de leg. ad ed. praet.
> Si servum sub condicione legatum heres alienaverit, deinde condicio exstiterit, potest nihilo minus a legatario vindicari nec extinguitur legatum.

Veräußert der Erbe den Sklaven vor dem Bedingungseintritt, wird der Vermächtnisnehmer hierdurch nicht beeinträchtigt. Aufgrund des aufschiebend bedingten Vindikationslegats ist der Vermächtnisnehmer gegen Zwischenverfügungen geschützt.

Nimmt man in unserem Fall eine aufschiebend bedingte Bestellung des Pfandrechts des Maevius an, so stellt die Veräußerung des Grundstücks an den Ehemann eine Zwischenverfügung dar, die dem aufschiebend bedingten Pfandrecht des Maevius nichts anhaben dürfte[13]. Die Begründung, die Julian für seine Entscheidung gibt, nämlich dass das Grundstück weder im Zeitpunkt der Bestellung des Pfandrechts noch im Zeitpunkt der Zahlung an Titius im Eigentum der Titia stand, wäre nicht nachvollziehbar. Bei einer aufschiebend bedingten Verfügung kommt es auf die Berechtigung zum Zeitpunkt des Bedingungseintritts gerade nicht mehr an. Das Pfandrecht des Maevius wäre als aufschiebend bedingtes Pfandrecht zusammen mit dem Pfandrecht des Titius bereits in dem Zeitpunkt konvalesziert, als Titia das Eigentum am Grundstück erwarb. In fr. 9.3 heißt es aber, dass es keinen Zeitpunkt (*nullum tempus*) gebe, zu dem das Pfandrecht des Maevius habe konvaleszieren können. Implizit wird damit auch gesagt, dass eine Konvaleszenz zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs der Titia nicht in Betracht kommt.

Daraus, dass Julian hier auf zwei Zeitpunkte abhebt, nämlich auf den der Pfandrechtsbestellung für Maevius und den der Zahlung an Titius, und feststellt, dass Titia zu keinem dieser beiden Zeitpunkte bonitarische Eigentümerin war (*neque*

10 Vgl. Paul. D. 13.7.16.1; Ulp. D. 13.7.36.1; hierzu Schanbacher (Fn. 3), 42f.

11 Vgl. Schlichting (Fn. 7), 49f.; Wieling (Fn. 7), 82; Wacke (Fn. 5), 459f.; Koschaker (Fn. 7), 248f.; Potjewijd (Fn. 7), 203ff.; Ankum (Fn. 7), 453.

12 Siehe nur Kaser (Fn. 1), 255. Heute ist der Schutz vor Zwischenverfügungen in § 161 Abs. 1 BGB geregelt.

13 Schanbacher (Fn. 3), 39, der annimmt, dass nur eine unbedingte Verpfändung den Pfandnehmer vor Zwischenverfügungen des Verpfänders hätte schützen können. In diesem Sinne auch Koschaker (Fn. 7), 246ff.

... *neque*), kann nicht etwa im Umkehrschluss abgeleitet werden, dass es Julian als ausreichend angesehen hätte, wenn Titia zumindest bei der Bestellung der beiden Pfandrechte Berechtigte gewesen wäre[14]. Auf diese Weise käme man zwar in der Tat zu einer grundsätzlichen Anerkennung eines aufschiebend bedingten Pfandrechts des Zweitpfandgläubigers; jedoch würde das letztlich dazu führen, dass man Julian eine unrichtige Anwendung der Konvaleszenzregeln unterstellen müsste. Wäre nämlich das bonitarische Eigentum zum Zeitpunkt der Zweifachverpfändung für das spätere Wirksamwerden des Zweitpfandrechts ausreichend, so hätte es in unserem Fall der Zweifachverpfändung der nichtberechtigten Titia gerade zur Konvaleszenz des Pfandrechts des Maevius kommen müssen. Mit dem Erwerb des bonitarischen Eigentums durch Titia hätte nicht nur das Pfandrecht des Titius als unbedingtes Pfandrecht, sondern auch das Pfandrecht des Maevius als aufschiebend bedingtes Pfandrecht erstarken müssen, und zwar unabhängig von Titias nachfolgender Zwischenverfügung an ihren Ehemann. Dass Julian die zu seiner Zeit bereits ohne weiteres anerkannten Regeln der Konvaleszenz verkannt hätte, wird man kaum annehmen dürfen. Letztlich führt der Ansatz eines aufschiebend bedingten Pfandrechts daher nicht zu einer sinnvollen Lösung.

Die Entscheidung Julians lässt sich, wie Schanbacher zu Recht annimmt, nur dann erklären, wenn man davon ausgeht, dass das Pfandrecht des Titius dazu führt, dass das Pfandrecht des Maevius aus der Sicht Julians überhaupt nicht entstehen konnte[15]. Mit anderen Worten: Für Julian gab es keine Mehrheit von Pfandrechten an ein und derselben Sache. Eine Sache konnte immer nur einmal verpfändet werden. Die Konkurrenz mehrerer Pfandrechte, die in einem Rangverhältnis zueinander stehen, war von Julian noch nicht anerkannt, und zwar auch nicht in Form eines aufschiebend bedingten Zweitpfandrechts neben einem unbedingten Erstpfandrecht. Darin liegt vermutlich eine Nachwirkung des älteren römischen Rechts[16]: Das Pfandrecht wurde wohl ursprünglich – vergleichbar mit der *fiducia* – als eigentumsähnliches Zugriffsrecht verstanden. Die Pfandrechtsbestellung hatte folglich ähnliche Wirkungen wie eine Eigentumsübertragung, so dass der Eigentümer aufgrund der ersten Pfandrechtsbestellung zum Nichtberechtigten wurde und somit kein weiteres Pfandrecht bestellen konnte.

Bei Zugrundelegung dieser Sichtweise wird klar, dass der Eigentumserwerb der Titia nur zur Konvaleszenz des Pfandrechts des Titius, nicht dagegen des Pfandrechts des Maevius führen konnte. Mit der Konvaleszenz des Pfandrechts des Titius ist Titia insoweit, das heißt, was die Fähigkeit zur Pfandrechtsbestellung betrifft, sofort wieder Nichtberechtigte geworden, weshalb es für die Konvaleszenz des Pfandrechts des Maevius an der Berechtigung der Titia fehlt. Bezogen auf die in der Klagformel der *actio Serviana* genannten Voraussetzungen für eine wirksame Verpfändung kann die Nichtberechtigung der Titia – wie Schanbacher richtig entwickelt hat – nur dazu führen, dass es an dem erforderliche *in bonis esse* der Pfandsache fehlt[17]. Eine andere

14 So aber etwa Dernburg (Fn. 7), 265; Schlichting (Fn. 7), 53. Vgl. auch Wieling (Fn. 7), 82, der es für möglich hält, dass Julian ein besonderes Problem gerade darin sah, dass „bedingte Verfügung und ein Mangel an der Berechtigung“ hier zusammentrafen.

15 Schanbacher (Fn. 3), 29ff., 38.

16 Siehe Kaser (Fn. 1), 467 m.[40] mit Nachweisen.

17 Schanbacher (Fn. 3), 38ff., 41f.

Klagvoraussetzung, an der man die fehlende Berechtigung der Titia, die aufgrund der Verpfändung an Titius eintrat, festmachen könnte, kommt nicht in Betracht. Man muss daher in der Tat davon ausgehen, dass sich aus der Sicht Julians die Pfandsache aufgrund der Konvaleszenz des Pfandrechts des Titius – bezogen auf eine weitere Verpfändung – nicht mehr *in bonis* der Titia befand[18].

Da sich das Pfandrecht des Titius und das des Maevius gegenseitig ausschließen, geht es bei den von Titia vorgenommenen Verpfändungen um zwei miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen. Entsprechend dem Prioritätsprinzip konvalesziert in einem solchen Fall, wenn der nichtberechtigt Verfügende später zum Berechtigten wird, nur die erste Verfügung, hier also die Verpfändung an Titius[19]. Für das Pfandrecht des Maevius ist daher – wenn man sich auf den Standpunkt Julians stellt – eine zweifache Konvaleszenz erforderlich: Titia muss zum einen Eigentum am Grundstück erwerben, was zunächst geschehen ist. Zum anderen muss aber auch das Pfandrecht des Titius wegfallen. Erst damit erlangt Titia wieder die Berechtigung zur erneuten Bestellung eines Pfandrechts. Laut fr. 9.3 kommt es in unserem Fall nie zu der erforderlichen zweiten Stufe der Konvaleszenz, denn zu dem Zeitpunkt, als das Pfandrecht des Titius wegfällt, ist Titia nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks. Sie hat das Grundstück zwischenzeitlich an ihren Ehemann als Mitgift übereignet.

Da es sich um eine *dos aestimata* handelt, musste an Titia im Fall der Beendigung der Ehe nicht das Grundstück als solches zurückübereignet werden, sondern der hierfür festgelegte Schätzwert bezahlt werden[20]. Dieser Umstand hat für die Frage der Pfandrechtskonvaleszenz wohl keine Bedeutung[21]; es handelt sich wahrscheinlich um ein zufälliges Detail des von Julian konkret zu entscheidenden Falles[22].

Die Vorstellung, dass es an einer Sache immer nur ein Pfandrecht gibt, findet sich im Übrigen nicht nur bei Julian, sondern auch in der bereits angesprochenen Gaius-Stelle D. 20.1.15.2[23]. Das ist der Grund, weshalb Gaius nicht etwa ein zweitrangiges Pfandrecht annimmt, sondern sich als Hilfskonstruktion der Verpfändung des *superfluum* und der aufschiebend bedingten Haftungserweiterung des bestellten Pfandrechts bedient. Erstmals anerkannt wird eine wirksame Mehrfachverpfändung durch den Hochklassiker

18 Ablehnend jedoch Ankum/Pool, Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse, Traces of the Development of Roman Double Ownership, in: New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas, 1989, 5, 19f.[86]; Wacke (Fn. 5), 457[66]; Krämer (Fn. 7), 370.

19 Zur Frage der Konvaleszenz bei miteinander nicht in Einklang stehenden Verfügungen siehe heute § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB.

20 Siehe oben bei Fn. 1f.

21 Schanbacher (Fn. 3), 73ff., der es im Fall einer einfachen Mitgiftbestellung ohne *aestimatio* für möglich hält, dass der Ehemann bei bloßer *traditio* des Grundstücks nicht ohne weiteres bonitarisches Eigentum aufgrund des Titels *pro dote* erhalten habe. Zum Teil werden die Erwähnung der *dos aestimata* und der Satz, dass der Ehemann die Rechtsstellung eines Käufers einnimmt (*in proposito autem maritus emptoris loco est*), auch als interpoliert angesehen; so z.B. Koschaker (Fn. 7), 231f.; Miquel (Fn. 7), 248f.; Kaser, In bonis esse, SZ 78 (1961) 470[35]; Wieling (Fn. 7), 81.

22 So Schlichting (Fn. 7), 43. Auch Wubbe, Res aliena pignori data, 1960, 118[106], hält den Umstand, dass es sich um eine *dos aestimata* handelt, nicht für entscheidungsrelevant.

23 Vgl. Schanbacher (Fn. 3), 36[143] mit Nachweisen.

Marcellus, der – um das Rangverhältnis mehrerer Pfandgläubiger zu klären – auf die *exceptio rei sibi ante pigneratae* abstellt, also auf die zeitliche Reihenfolge der Verpfändungen[24]: Erhebt der spätere Pfandgläubiger gegen den früheren die *actio Serviana*, kann sich letzterer mit Hilfe der *exceptio rei sibi ante pigneratae* erfolgreich verteidigen. Dieser Standpunkt setzt sich in der Folgezeit durch, wie sich auch bei dem spätklassischen Juristen Marcian zeigt, der wie Marcellus mit der *exceptio rei sibi ante pigneratae* operiert und zudem, wenn es um die Erhebung der *actio Serviana* durch den früheren Pfandgläubiger gegen den späteren geht, gegenüber der vom Beklagten erhobenen Einrede der Verpfändung dem Kläger die *replicatio rei sibi ante pigneratae* gewährt[25]. Seit Marcellus wird von den römischen Juristen also akzeptiert, dass mehrere Pfandrechte nebeneinander existieren, die zueinander in einem Rangverhältnis stehen. Das bedeutet, dass die Vorstellung des Pfandrechts als Abspaltung vom Eigentum nunmehr verfeinert worden ist. Es gibt nicht mehr die Vorstellung, dass ein Pfandrecht als Abspaltung vom dinglichen Vollrecht nur ein einziges Mal wirksam bestellt werden kann. Vielmehr sind im Eigentum nun beliebig viele Pfandrechte enthalten, die jeweils unterschiedliche Rangstellen einnehmen. Die Anerkennung der Mehrfachverpfändung bedeutet also zwangsläufig die Anerkennung eines Ranges von beschränkten dinglichen Rechten.

Im Schlusssatz von fr. 9.3 (*haec tamen ita ...*) findet sich die Einschränkung, dass das gefundene Ergebnis, nämlich die Ablehnung der Konvaleszenz des Pfandrechts des Maevius, nur dann gelten soll, wenn der Ehemann gutgläubig ist. Nach überwiegender Ansicht handelt es sich hierbei um eine Interpolation[26]. In der Tat scheint hinter der Einschränkung der Gedanke eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten zu stehen, der mit dem dogmatischen System des römischen Rechts nicht übereinstimmt[27]. Das bedeutet aber nicht zwangsläufig, dass der Satz interpoliert sein muss. Es kann sich durchaus um eine Korrektur des Ergebnisses aus Billigkeitsgründen handeln, die sich nicht an dogmatischen Vorgaben messen lässt. Daher erscheint es nicht ausgeschlossen, dass es sich bei dem im Indikativ gehaltenen Schlusssatz um eine kritische Anmerkung Afrikans zur Entscheidung seines Lehrers Julian handelt[28].

Das gilt umso mehr, als die Entscheidung Julians, nämlich die Ablehnung einer Konvaleszenz des Pfandrechts des Maevius, auch heute in der Literatur zum Teil heftig

24 Marcell. D. 44.2.19.

25 Marci. D. 20.4.12 pr.

26 Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl. 1955, 161[5]; Biscardi, Il dogma della collisione alla luce del diritto romano, 1935, 67; Koschaker (Fn. 7), 250ff.; Miquel (Fn. 7), 247; Kaser (Fn. 21), 470[35]; ders. (Fn. 7), 36[32] (= Ausgewählte Schriften II, 180[32]); Wieling (Fn. 7), 83; Schanbacher (Fn. 3), 27ff.

27 Oben bei Fn. 6.

28 So auch Wacke (Fn. 5), 457f.; vgl. auch schon ders., Ein Verfügungsverbot des römischen Verpfänders? (Zur dinglichen Wirkung der Verwertungsermächtigung), Iura 24 (1973/77) 184, 191f.; Ankum (Fn. 7), 453f.[28].

kritisiert wird[29]. Wieling bezeichnet die Entscheidung Julians als „inkonsequent“[30]. Es sei wahrscheinlich, dass Julians Entscheidung, die den Ehemann und damit, da es um die *dos* geht, indirekt auch die Titia als Ehefrau schütze, durch den *favor dotis* beeinflusst sei[31]. Dagegen spricht allerdings, dass es im konkreten Fall um eine *dos aestimata* geht, so dass die *actio de dote* ohnehin nicht auf Rückübertragung des Grundstückseigentums, sondern auf Zahlung des festgelegten Schätzbetrags gerichtet war[32]. Besonders scharf geht Wacke mit Julian ins Gericht[33]: Die Bevorzugung des Ehemannes vor dem zweiten Pfandgläubiger stelle eine „Verletzung des Prioritätsprinzips“ dar und sei „eklatant unbillig“. Julian hätte – so Wacke[34] – den Gedanken, dass bei einer wirksamen Verpfändung die spätere Eigentumsübertragung das Pfandrecht nicht mehr berührt, auf das Pfandrecht des Maevius entsprechend anwenden müssen. Julian werde zwar zu Recht als einer der größten klassischen Juristen angesehen; den konkreten Fall habe er aber „nicht zu Ende gedacht“[35].

2. Vergleich mit dem gemeinen und dem geltenden Recht: Pfandrecht und Nießbrauch

Die Kritik an Julian soll hier nicht im Einzelnen weiterverfolgt werden. Vielmehr soll im Folgenden überlegt werden, ob man ohne die Anerkennung einer Mehrfachverpfändung, also ohne unser heutiges System des Ranges von Pfandrechten, tatsächlich zu einer anderen Lösung als der von Julian vertretenen kommen kann. Dazu soll, um Abstand von unserer Afrikan- bzw. Julianstelle zu bekommen und um das gesamte Instrumentarium der modernen Dogmatik nutzen zu können, der Fall ins gemeine und ins geltende Recht übersetzt und auch demgemäß gelöst werden. Im Anschluss daran sollen die Erkenntnisse nach Möglichkeit auf das klassische römische Recht zurückübertragen werden.

2.1 Pfandrecht

Zunächst soll, was das geltende Recht betrifft, folgender Vergleichsfall zum Pfandrecht betrachtet werden[36], der jedoch – wie sich sogleich zeigen wird – im Hinblick auf das von Julian zu lösende Problem im Ergebnis nicht weiterhilft:

29 Siehe schon die Kritik von Westphal, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte, 1791², 251¹⁸⁸: „Die Stelle … enthält eine Meinung, die wider alle rechtlichen Grundsätze anstößt“; Afrikan, so Westphal, habe „ohne alle Entschuldigung gestrauchelt“; auch schon Cujas, Opera omnia I, Neapoli 1722, 1492 C: *sed vitiose, ut videtur, quandoquidem praetermittitur pars una, id est medium tempus*. Hierzu Schanbacher (Fn. 3), 38f.

30 Wieling (Fn. 7), 82.

31 Wieling (Fn. 7), 83; zustimmend Wacke (Fn. 5), 456.

32 Siehe oben bei Fn. 1 f., 20.

33 Wacke (Fn. 5), 457.

34 Wacke (Fn. 5), 459f.

35 Wacke (Fn. 5), 460.

36 Der Fall ist dem von Wieling (Fn. 7), 84, entworfenen Vergleichsfall nachgebildet, geht aber darüber hinaus.

> Titia hat eine goldene Uhr des Seius im Besitz, die dem Seius abhanden gekommen ist. Sie verpfändet sie an Titius und nimmt sie ihm heimlich wieder weg. Jetzt verpfändet sie die Uhr an Maevius. Daraufhin beerbt sie Seius und schenkt die Uhr unter Abtretung des Herausgabeanspruches ihrem Ehemann. Erst danach zahlt Titia ihre Schuld an Titius. Ist das Pfandrecht des Maevius konvalesziert? Welchen Rang nimmt es ein?

Um einen möglichst weitgehenden Vergleich zu ermöglichen, ist der Sachverhalt so gebildet, dass der im geltenden Recht vorgesehene gutgläubige lastenfreie Erwerb (§ 936 BGB) ausgeschlossen ist. Das wird dadurch erreicht, dass die Pfandsache mehrmals abhanden gekommen ist. Das Abhandenkommen schließt nach § 935 BGB den gutgläubigen Erwerb aus. Bei der Lösung ist zu beachten, dass es – anders als noch für Julian – heute mehrere Pfandrechte an ein und derselben Sache gibt und dass zwischen den Pfandrechten ein Rangverhältnis besteht.

Die Verpfändung der goldenen Uhr durch Titia an Titius ist zunächst nach §§ 1207, 935 BGB unwirksam, da die Uhr dem Eigentümer Seius abhanden gekommen ist. Gleiches gilt für die Verpfändung der Uhr an Maevius. Mit dem späteren Eigentumserwerb der Titia, die zur Erbin des Seius wird, kommt es zur Konvaleszenz nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 2 BGB, und zwar sowohl hinsichtlich des Pfandrechts des Titius als auch desjenigen des Maevius. Das Pfandrecht des Maevius nimmt gegenüber dem des Titius allerdings den zweiten Rang ein. Das ergibt sich aus dem Prioritätsprinzip, das in § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB zum Ausdruck kommt: Bei mehreren sich widersprechenden Verfügungen wird nach dieser Vorschrift nur die frühere Verfügung wirksam. Das Rangverhältnis der Pfandrechte lässt sich damit unmittelbar aus § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB ableiten: Ein Widerspruch zwischen zwei Verpfändungen ein und desselben Gegenstandes ist nur ausgeschlossen, wenn die erste Verpfändung der zweiten vorgeht[37]. Das Pfandrecht des Titius nimmt daher den ersten, das des Maevius den zweiten Rang ein.

Obwohl es in § 185 BGB – anders als in § 161 Abs. 3 BGB – an einem Verweis auf die Vorschriften über den Erwerb vom Nichtberechtigten fehlt, müssen diese Vorschriften gleichwohl auch im Rahmen des § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB herangezogen werden. Das bedeutet, dass Maevius, wenn die Pfandsache nicht auch dem ersten Pfandgläubiger Titius abhanden gekommen wäre, gutgläubig den Vorrang gegenüber Titius erworben hätte. Das ergibt sich aus § 1208 BGB, der einen gutgläubigen Erwerb des Vorrangs ermöglicht. Diese Vorschrift ist, obwohl das im Gesetz nicht gesagt wird und – soweit ersichtlich – auch in der Literatur nicht gesehen wird, auch im Rahmen des § 185 Abs. 2 Satz 2 BGB heranzuziehen.

Die Übereignung der Uhr durch Titia an ihren Ehemann erfolgt nach § 931 BGB, also durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen Maevius. Dabei kommt es nicht zu einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb durch Titias Ehemann; nach § 936 Abs. 3 BGB bleibt das Pfandrecht des Maevius vielmehr bestehen. Dagegen hilft im Hinblick auf das Pfandrecht des Titius § 936 Abs. 3 BGB nicht weiter. Auch insofern findet aber kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Ehemannes statt, weil Titius die Pfandsache abhanden gekommen ist. § 935 BGB muss im Rahmen des § 936 BGB entsprechend

37 Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960, 1246 (§ 204 V 2).

angewendet werden. Der fehlende Verweis in § 936 BGB auf die Vorschrift des § 935 BGB stellt ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers dar[38]. Mit der Zahlung an Titius erlischt dessen Pfandrecht und das Pfandrecht des Maevius rückt auf, so dass es nunmehr die erste Rangstelle einnimmt.

Aufgrund der heutigen Anerkennung der Mehrfachverpfändung stellt sich in dem Vergleichsfall daher kein Problem hinsichtlich der Konvaleszenz des Pfandrechts des Maevius. Die Konvaleszenz tritt vielmehr – wie gezeigt – ohne weiteres mit dem Eigentumserwerb der Titia ein.

2.2 Nießbrauch

Um zu einer Annäherung an das von Julian zu lösende Problem zu kommen, ist es erforderlich, ein beschränktes dingliches Recht zu wählen, bei dem eine Mehrfachbestellung ausgeschlossen ist. In Betracht kommt hier der Nießbrauch, den auch der Gesetzgeber des BGB, anders als etwa die Grunddienstbarkeiten und die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, als ausschließliches Recht angesehen hat[39]. Noch in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB heißt es, dass „immer nur von e i n e m Nießbrauche die Rede sein" könne[40]. Dennoch ist heute auch beim Nießbrauch eine Mehrfachbestellung möglich, wie § 1060 BGB zeigt, der das Zusammentreffen gleichrangiger Nießbrauchsrechte regelt[41]. Dagegen war die Vorstellung, dass der Nießbrauch als umfassendes Nutzungsrecht nur ein einziges Mal an ein und derselben Sache bestellt werden kann[42], noch im 19. Jh. für das gemeine Recht maßgebend[43]. Der Ausschluss einer Mehrfachbestellung des Nießbrauchs ergab sich insbesondere daraus, dass der Eigentümer nach Bestellung des Nießbrauchs die Sache nicht mehr mit beschränkten dinglichen Rechten, insbesondere Dienstbarkeiten, belasten konnte, die sich nachteilig auf den Nießbrauch auswirken würden[44].

38 Noch zutreffend § 869 des ersten Entwurfs zum BGB. Durch die zweite Kommission sollte es insoweit nicht zu einer sachlichen Änderung kommen; vgl. Wieling, Sachenrecht I, 2. Aufl. 2006, 413f. (§ 10 VII 1); Knütel, Die gefirnißten Paneele, JuS 1989, 208, 210f.

39 Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich III, 1896, 493 (= Mugdan [Hrsg.], Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III, 1899, 275).

40 Motive (Fn. 39), III, 499 (= Mugdan III, 278), Sperrung im Original.

41 Zu einer solchen Nießbrauchskollision kann es etwa dann kommen, wenn zwei Anträge auf Nießbrauchsbestellung gleichzeitig beim Grundbuchamt eingehen (§ 45 Grundbuchordnung); vgl. Pohlmann, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. 2013, § 1060 Rn. 2.

42 Ohne weiteres möglich ist dagegen – auch aus der Sicht des gemeinen Rechts – die Bestellung des Nießbrauchs an einem ideellen Teil des Grundstücks oder auch die Teilung des Nießbrauchs selbst; vgl. Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems I, 2. Aufl. 1853, 266[11] (§ 75); Arndts von Arnesberg, Lehrbuch der Pandekten, 14. Aufl. 1889, 331e (§ 178).

43 Böcking, Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems II 1, 1855, 225f. (§ 162, 1 c); vgl. auch Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld IX, 1808, 194ff. (§ 632 II); Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht I, 3. Aufl. 1852, 351f. (§ 181).

44 Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts II, 1836, 153 (§ 287); Puchta (Fn. 43), 350f. (§ 180); Sintenis, Das practische gemeine Civilrecht I, 3. Aufl. 1868, 574 (§ 59); Vangerow, Lehrbuch der

Der Vergleichsfall zum gemeinen Recht soll daher so gebildet werden, dass Titia an dem ihr nicht gehörenden Grundstück zuerst für Titius, dann für Maevius einen Nießbrauch bestellt. Sobald Titia das Eigentum am Grundstück erwirbt, konvalesziert der Nießbrauch des Titius. Dagegen kann eine Konvaleszenz des Nießbrauchs des Maevius zu diesem Zeitpunkt nicht stattfinden. Sobald es zur Entstehung des Nießbrauchs des Titius gekommen ist, ist Titia insoweit – das heißt, was eine weitere Nießbrauchsbestellung betrifft – zur Nichtberechtigten geworden. Übertragen in die Terminologie des klassischen römischen Rechts bedeutet das: Der Nießbrauch befindet sich aufgrund der Konvaleszenz bei Titius, so dass sich das Grundstück, was die Berechtigung zu einer (weiteren) Nießbrauchsbestellung betrifft, nicht mehr *in bonis* der Titia befindet. Erst dann, wenn Titius stirbt oder der Nießbrauch des Titius in sonstiger Weise erlischt, erlangt Titia wieder die Berechtigung, ein weiteres Mal einen Nießbrauch zu bestellen. Mit dem Erlöschen des Nießbrauchs des Titius kommt es wieder zum Erstarken des Eigentums, so dass erst dann eine Konvaleszenz des Nießbrauchs des Maevius in Betracht kommt.

Allerdings ist Titia aufgrund der Verfügung an ihren Ehemann zum Zeitpunkt des Erlöschens des Nießbrauchs des Titius nicht mehr Eigentümerin des Grundstücks. Das Eigentum erstarkt zwar, es handelt sich aber jetzt um das Eigentum des Ehemannes. Die Voraussetzungen der Konvaleszenz sind damit – zumindest auf den ersten Blick – nicht erfüllt: Es ist nicht der Verfügende, der nachträglich zum Berechtigten wird, sondern eine andere Person. Das Eigentum erstarkt beim Ehemann der Titia, dieser hat aber nicht als Nichtberechtigter an Maevius verfügt. Auf diese Weise würde man zum selben Ergebnis kommen wie Julian, nämlich zur Ablehnung der Konvaleszenz des beschränkten dinglichen Rechts des Maevius.

Die Untersuchung soll hier aber nicht stehen bleiben, sondern es soll überlegt werden, ob das gefundene (Zwischen-)Ergebnis nicht doch noch zugunsten des Maevius korrigiert werden kann. Freilich kann die Nießbrauchsbestellung durch Titia ihrem Ehemann als Erwerber des Grundstücks nicht einfach zugerechnet werden. Anders als im Fall einer Gesamtrechtsnachfolge[45] tritt der Einzelrechtsnachfolger gerade nicht vollumfänglich in die Rechtsstellung des bisherigen Eigentümers ein. Immerhin denkbar wäre der Rückgriff auf die Rechtsfigur des Anwartschaftsrechts: Das Grundstückseigentum der Titia war zwar aufgrund der Konvaleszenz des Nießbrauchs des Titius von Anfang an mit einem beschränkten dinglichen Recht belastet; zugleich mit der Konvaleszenz des Nießbrauchs kommt Titia aber auch eine Anwartschaft auf spätere Erlangung des lastenfreien Eigentums zu, sobald der Nießbrauch des Titius – etwa mit dessen Tod – erlischt. Diese Anwartschaft könnte Titia auf Maevius übertragen haben, und zwar zunächst als Nichtberechtigte, was aber dazu führt, dass die Anwartschaft mit dem Eigentumserwerb der Titia bei Maevius konvalesziert. Mit dem Erlöschen des Nießbrauchs des Titius würde dann das Anwartschaftsrecht des Maevius zum Vollrecht erstarken. Dieser Ansatz

Pandekten I, 7. Aufl. 1863, 684 (§ 338 Anm. 2.3); Arndts von Arnesberg (Fn. 42), 333f. (§ 179, 3); Baron, Pandekten, 8. Aufl. 1893, 287[21 f.] (§ 159, 2); Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 9. Aufl. 1906, 1035f.[18] (§ 203). Siehe in diesem Sinne auch §§ 99, 100 I 21 des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794.

45 Zu der heute in § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 3 BGB geregelten Variante vgl. die Kontroverse zwischen Paulus und Modestin (D. 13.7.41 Paul. 3 quaest.; D. 20.1.22 Mod. 7 diff.); hierzu Schanbacher (Fn. 3), 122ff.; Wacke (Fn. 5), 445ff.

entspricht wohl am ehesten dem Vorschlag Wackes, der – bezogen auf den Julian-Fall – für eine entsprechende Anwendung des Konvaleszenzgedankens plädiert, so dass die Verpfänderin durch die nachträgliche Eigentumsübertragung dem zweiten Gläubiger sein „Anrecht auf ein Pfand" nicht entziehen könne[46].

Im Folgenden wird sich jedoch zeigen, dass ein Rückgriff auf die Hilfskonstruktion des Anwartschaftsrechts gar nicht erforderlich ist. Bei genauer Betrachtung handelt es sich nämlich nicht nur bei der Bestellung des Nießbrauchs zugunsten des Titius und anschließend zugunsten des Maevius um Verfügungen einer Nichtberechtigten. Vielmehr hat Titia auch bei der Eigentumsübertragung an ihren Ehemann als Nichtberechtigte verfügt; genauer: Es handelt sich bei der Verfügung der Titia an ihren Ehemann zumindest teilweise um die Verfügung einer Nichtberechtigten. Da aufgrund des Eigentumserwerbs der Titia der Nießbrauch zugunsten des Titius wirksam zur Entstehung gekommen ist, befand sich bei Titia nur das Eigentum unter Abzug des Nießbrauchs. Titia war also nur Eigentümerin unter Abzug des Nießbrauchs, hatte also Eigentum *detracto usufructu*[47]. Der Nießbrauch als Abspaltung vom Eigentum befindet sich ja bei Titius. Man kann Titia daher als „Insoweit-Nichtberechtigte" bezeichnen. Sie hat an ihren Ehemann in Bezug auf den bei Titius befindlichen Nießbrauch als „Insoweit-Nichtberechtigte" verfügt. Das Erstarken des Eigentums des Ehemannes mit dem Erlöschen des Nießbrauchs des Titius ist daher ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Konvaleszenz zu beurteilen. Insoweit, als es um den bei Titius befindlichen Nießbrauch geht, hat Titia an ihren Ehemann genauso als Nichtberechtigte verfügt, wie sie auch an Maevius als Nichtberechtigte verfügt hat. Damit gelangt man zu der Schlussfolgerung, dass es bei der Nießbrauchsbestellung zugunsten des Maevius und der anschließenden Übereignung an den Ehemann, soweit es um die Position des Nießbrauchs als Abspaltung des Eigentums geht, um miteinander nicht im Einklang stehende Verfügungen geht. Im Wege der Konvaleszenz wird daher nur der Nießbrauch des Maevius als zeitlich frühere Verfügung wirksam. Ein lastenfreier Erwerb des Ehemannes findet dagegen nicht statt.

3. Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Afrikan- bzw. Julian-Stelle

Überträgt man die zum Nießbrauch angestellten Überlegungen auf die Afrikan- bzw. Julianstelle (fr. 9.3), so ergibt sich Folgendes: Auch Julian hätte, wenn er das Pfandrecht konsequent als Abspaltung des Eigentums betrachtet hätte, mit den ihm bekannten Mitteln des römischen Rechts zu einem wirksamen Pfandrecht des Maevius gelangen können. Titia hat in Wirklichkeit auch an ihren Ehemann als Nichtberechtigte verfügt, weil sie zum Zeitpunkt der Übereignung nicht unbelastetes Eigentum hatte. Es geht in fr. 9.3 daher – bei genauer Betrachtung – nicht nur um eine zweifache Konvaleszenz bezüglich der beiden Pfandrechte, sondern um die Frage einer dreifachen Konvaleszenz. Freilich muss man einräumen, dass auch heute nicht immer präzise gesehen wird, dass der Eigentümer dann, wenn beschränkte dingliche Rechte Dritter bestehen, insoweit Nichtberechtigter

46 Wacke (Fn. 5), 459f.

47 Zu dem Ausdruck siehe Inst. 2.20.9.

ist. So wird etwa zum Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB vertreten, dass sich dieser nicht nur gegen den Buchberechtigten, sondern bisweilen auch gegen den wahren Berechtigten richten könne; so sei zum Beispiel bei versehentlicher Löschung einer Grundschuld der „Eigentümer (also der wahre Berechtigte) von der Berichtigung betroffen“[48]. Das trifft in Wirklichkeit so nicht zu, denn wenn ein beschränktes dingliches Recht zu Unrecht gelöscht worden ist, ist der Eigentümer insoweit, als das unrichtige Grundbuch nun sein lastenfreies Eigentum ausweist, Nichtberechtigter. Der Eigentümer hat in Wahrheit kein lastenfreies Eigentum, sondern nur Eigentum, das mit einem beschränkten dinglichen Recht belastet ist.

Der – wenn man es so nennen will – Fehler Julians ist also auch noch heute anzutreffen. Vor allem aber muss man sich fragen, ob die Übertragung des modernen dogmatischen Systems auf das römische Recht überhaupt historisch zulässig ist und nicht schlicht als Anachronismus abzulehnen ist. Wir werden Julian keine guten Ratschläge mehr erteilen können und müssen akzeptieren, dass es zum einen eine Entwicklungsstufe des Pfandrechts gab, in der eine Mehrfachbestellung von Pfandrechten noch nicht möglich war; zum anderen müssen wir auch akzeptieren, dass unsere heutige Vorstellung von den beschränkten dinglichen Rechten als Abspaltung des Eigentumsrechts zwar auf das römische Recht zurückgeht, dort aber noch nicht in der Weise und der Vollständigkeit entwickelt war wie heute.

Abstract

The convalescence of defective transfers of property interests is a long-discussed problem in Roman law. Through a comparative analysis of nineteenth-century *ius commune* and modern German civil-law principles, this article proposes novel insights into the classical Roman understanding of property interests. It also shows how related *ius commune* usufructuary concepts support a new perspective on convalescence. In doing so, this analysis revolves around a central question: If an *in rem* interest may be validly transferred only once, but has been transferred defectively, under what circumstances can the invalid transfer convalesce?

48 Berger, in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2011, § 894 Rn. 6.

HAEC DISCEPTATIO IN FACTUM CONSTITIT: BEMERKUNGEN ZUR *PIETAS* IM RÖMISCHEN UNTERHALTSRECHT

Verena Halbwachs*

1. Einleitung

Eine Großmutter leistet ihrem Enkelsohn Unterhalt[1], eine Mutter wendet ihren Kindern *alimenta* zu[2], ein Onkel ernährt seine Nichte[3], ein Stiefvater alimentiert seine Stieftöchter und bezahlt deren Unterricht[4] – ihnen allen ist gemeinsam, dass sie die aufgewendeten Mittel letztlich nicht aus ihrem eigenen Vermögen tragen wollen, sondern Refundierung der von ihnen getätigten Ausgaben begehren. Ihnen allen ist weiters gemeinsam, dass die mit ihren Anliegen befassten Juristen in Beurteilung dieser Ansprüche den Topos der *pietas*[5], des Pflichtgefühls, ins Spiel bringen.

Dass eine Leistung aus *pietas* erbracht worden sei, als Argument jener Partei, die sich einem Rückforderungsanspruch ausgesetzt sieht und diesen durch den Einwand, die Leistung sei aus – meist verwandtschaftlichem – Pflichtgefühl erfolgt, entkräften möchte, begegnet uns in den römischrechtlichen Quellen an mehreren Stellen; besonders oft aber dort, wo es um unterhaltsrechtliche Zusammenhänge geht. „Die Lehre von der

1 D 3.5.33 Paulus 1 quaest.

2 D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons.

3 D 3.5.26.1 Modestinus 1 resp.

4 C 2.19.15 Gordianus (239).

5 Zur sittlichen Funktion der *pietas* in der römischen Familie in Bezug auf Alimentation vgl R. Saller, Patriarchy, Property and Death in the Roman Family (1994) 102ff: *Pietas* and *patria potestas*: Obligation and Power in the Roman Household; derselbe, Corporal Punishment, Authority, and Obedience in the Roman Household, in B. Rawson, Marriage, Divorce and Children in Ancient Rome (1992) 144ff; derselbe, Pietas, Obligation and Authority in the Roman Family, in P. Kneissel / V. Losemann, Alte Geschichte und Wissenschaftsgeschichte, FS Karl Christ (1988) 393ff; T. Parkin, Out of Sight, Out of Mind: Elderly Members of the Roman Family, in B. Rawson / P. Weaver, The Roman Family in Italy (1997) 123 – 148; J. Gardner, Family and *Familia* in Roman Law and Life (1998) 77f und 82f.

* Assistenzprofessorin, Institut für römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Universität Wien.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 371-382

Reichung der Alimente ist eine mit dem Leben des Menschen innig verschmolzene", liest man in einer Abhandlung zum Unterhaltsbegriff aus der Mitte des 19. Jahrhunderts[6] – die Anbindung der Alimentationsfrage an die unterschiedlichsten Lebensbereiche ist damit treffend charakterisiert. So kennt auch das römische Recht ein breites Spektrum, in dem die Verpflichtung zur Versorgung einer anderen Person als rechtliches Problem thematisiert wird. Dementsprechend weit verstreut finden wir Aussagen römischer Juristen zu unterhaltsrechtlichen Aspekten – oft nur am Rande und unter primärer Fokussierung auf eine andere juristische Frage; so etwa im Bereich des Erb- insb des Legatrechts, dem äußerst umfangreichen Quellenmaterial zu eherechtlichen Fragen, die sich vor allem rund um die Mitgift oder die – verbotene – Ehegattenschenkung ergeben oder, wie zu zeigen sein wird, im Rahmen der *negotiorum gestio*. Eng verbunden mit Fragen der Alimentation erweisen sich die zahlreichen Texte betreffend die Reglementierungen der Vormundschaft über unmündige freie Personen[7].

Weiters finden wir den Inhalt des Begriffes *alimenta*, also das, was unter dem zu leistenden Unterhalt materiell zu begreifen ist, weder definiert, noch ist eine einheitliche Terminologie festzustellen; manchmal geht es um *alimenta* schlechthin, manchmal werden nur Segmente dessen, was wohl zur Deckung des konkreten Bedarfs einer bestimmten berechtigten Person als notwendig erachtet wird, erwähnt[8]; konkrete Lebensumstände kreieren spezifische Bedürfnisse – damals wie heute; und so wie sich auch modernrechtliche Abhandlungen zur Unterhaltsfrage als zurückhaltend erweisen, wenn es um eine abstrakte Definition des Unterhaltsbegriffes geht, sondern Bemessungsgrundlagen und Prozente angeben sowie die äußerst differenzierte Rechtsprechung zitieren, verhält es sich auch in den römischrechtlichen Quellen[9].

Eine Analyse der relevanten Quellen bietet neben der Möglichkeit dogmatischer Überlegungen in verschiedenen Rechtsmaterien einen Einblick in nicht den rechtsgeschäftlichen Alltag (im engeren Sinn) betreffende Bedürfnisse und Lebenssituationen. Sie eröffnet eine weitere Sichtweise auf familienrechtliche Strukturen, deren „Funktionieren" oder „Nicht-Funktionieren" und deren bekanntermaßen so engen Konnex mit vermögensrechtlichen Fragen; denn wenn im Folgenden die Begriffe *pietas*, *adfectus paternus* oder *affectus maternus* in unterhaltsrechtlichen Zusammenhängen betrachtet werden, gilt es immer im Auge zu behalten, dass diese Topoi im prozessualen Streitfall als Argumente verwendet werden, als Argumente gegen Regressforderungen von Personen, denen mittels dieses Einwandes ihre Anspruchsgrundlage entzogen werden soll: weil sie das *munus pietatis* auf sich genommen haben, *pietate cogente*, durch *pietas* gezwungen, handeln oder *iure pietatis*, sich gemäß *pietas* entsprechendem Recht verhalten haben.

6 G. Walther, Bedeutung und Umfang des Wortes *alimenta* nach heutigem römischen Rechte, in Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß 20 (1844) 350.

7 Vgl D 27.2 *Ubi pupillus educari vel morari debeat, et de alimentis ei praestandis* und D 27.3 *De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione*.

8 Wortgruppen, welche teilweise offenbar synonym mit *alimenta,* bzw zumindest als Bestandteil dieser, gebraucht werden, sind etwa *cibaria et vestiaria* und *cibaria et vestiaria et habitatio.* Ebenso finden diese Begriffe aber auch neben den *alimenta* Erwähnung, wie etwa *alimenta et vestiarium*.

9 Beispiele für den diesbezüglichen interpretativen Diskurs finden sich gehäuft dort, wo es um die Auslegung letztwilliger Verfügungen geht (vgl D 34.1 *De alimentis vel cibariis legatis*).

2. *Avia negotia sui nepotis gessit* – D 3.5.33

Der im Folgenden dargestellte Text spricht eine Reihe der eben genannten Aspekte an. Weiters bietet er die Möglichkeit, Einblick in ein Prozessgeschehen zu gewinnen, da in diesem ausführlichen Fragment neben der Expertise der Juristen auch die kontradiktorischen Parteivorbringen zu finden sind. Es dürfte kein Zweifel bestehen, dass diese Quelle einen Fall aus der Praxis schildert, der relativ detailgetreu zu den tatsächlichen Geschehnissen – soweit solche überhaupt unbestritten festgestellt waren – überliefert ist[10].

> D 3.5.33 Paulus 1 quaest: *Nesennius Apollinaris Iulio Paulo salutem. Avia nepotis sui negotia gessit: defunctis utrisque aviae heredes conveniebantur a nepotis heredibus negotiorum gestorum actione: reputabant heredes aviae alimenta praestita nepoti. Respondebatur aviam iure pietatis de suo praestitisse: nec enim aut desiderasse, ut decernerentur alimenta, aut decreta essent. Praeterea constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere. Ex contrario dicebatur tunc hoc recte dici, ut de suo aluisse mater probaretur: at in proposito aviam, quae negotia administrabat, verisimile esse de re ipsius nepotis eum aluisse. Tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur. Quaero quid tibi iustius videatur. Respondi: haec disceptatio in factum constitit: nam et illud, quod in matre constitutum est, non puto ita perpetuo observandum. Quid enim si etiam protestata est se filium ideo alere, ut aut ipsum aut tutores eius conveniret? Pone peregre patrem eius obisse et matrem, dum in patriam revertitur, tam filium quam familiam eius exhibuisse: in qua specie etiam in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem divus Pius Antoninus constituit. Igitur in re facti facilius putabo aviam vel heredes eius audiendos, si reputare velint alimenta, maxime si etiam in ratione impensarum ea rettulisse aviam apparebit. Illud nequaquam admittendum puto, ut de utroque patrimonio erogata videantur.*

Nesennius Apollinaris[11] wendet sich an seinen Lehrer Paulus und bringt folgenden Sachverhalt vor: Eine Großmutter hat die Geschäfte ihres Enkels geführt – *avia nepotis sui negotia gessit*. Beide, die *avia* sowie der *nepos*, sind mittlerweile verstorben. Als Parteien des Konflikts treten nun die Erben des Enkels als Kläger und die Erben

10 Exegetische Studien zu diesem Text (mit weiteren Nachweisen zur älteren Literatur und Diskussion der Passagen, die der Interpolation verdächtigt wurden) finden sich in der jüngeren Literatur zB bei G. Finazzi, Ricerche in tema di *negotiorum gestio* II.1. Requisiti delle *actiones negotiorum gestorum* (2003) 252ff; M. Židlická, *Pietas et negotiorum gestio*, in I. Piro (Hrsg), Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti della 51ª Sessione della SIHDA (1999) 549; J. Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones*. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift (1993) 107; H.H. Seiler, Der Tatbestand der *negotiorum gestio* im römischen Recht (1968) 44; L. Labruna, Rescriptum Divi Pii. Gli atti del pupillo *sine tutoris auctoritate* (1962) 171ff; E. Sachers, Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klassischen Zeit, in FS Fritz Schulz (1951) 311-363 (335ff).

11 Wir finden in den Digesten noch drei weitere Fragmente mit Anfragen des Nesennius Apollinaris an Paulus (D 27.1.32 Paulus 7 quaest; D 35.2.22pr Paulus 17 quaest – wo er Paulus mit „*domine*" anspricht – und D 42.1.41pr Paulus 14 quaest). Zur Person des Nesennius Apollinaris siehe Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones* (1993) 148 (der auch D 26.2.30 Paulus 6 quaest als Anfrage des Nesennius Apollinaris identifiziert); G. Finazzi, Ricerche (2003) 253 Anm 428.

der Großmutter als Beklagte auf. Die Kläger machen ihre Ansprüche aufgrund einer Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Großmutter für ihren Enkel mittels der *actio negotiorum gestorum (directa)* geltend. Worauf dieser Anspruch hier konkret gerichtet ist, wird zwar nicht erwähnt, es geht aber wohl um Herausgabe des ursprünglich durch die *avia* verwalteten Vermögens. Die Beklagten wenden nun ein, dass die Großmutter dem Enkel Unterhalt – *alimenta* – geleistet hat und wollen die dementsprechenden Aufwendungen von der geforderten Summe in Abzug bringen.

Hierauf bringen die Kläger folgende Argumente vor: Erstens, die Großmutter habe *iure pietatis de suo* geleistet – also aufgrund Pflichtgefühls aus ihrem eigenen Vermögen; zweitens habe weder die Großmutter beantragt, dass über den Unterhalt entschieden werde, noch sei ein solcher überhaupt festgesetzt worden; drittens sei bereits in einem anderen Fall durch kaiserliche Konstitution entschieden worden (*praeterea constitutum esse dicebatur*), dass eine Mutter *alimenta*, die sie *pietate cogente de suo* erbracht hat, nicht zurückfordern könne. Die Beklagten wenden demgegenüber ein, dass dies nur dann richtig sei, wenn bewiesen werden kann, dass die Mutter aus ihrem eigenen Vermögen geleistet habe; im vorliegenden Fall sei es aber wahrscheinlich, dass die Großmutter *quae negotia administrabat* die Mittel für die Alimentationsleistungen dem Vermögen des Enkels entnommen habe (*de re ipsius nepotis*).

Nesennius Apollinaris berichtet weiter, dass sodann erörtert wurde, ob vielleicht die Vermögen beider an den Unterhaltsleistungen beteiligt waren (*tractatum est, numquid utroque patrimonio erogata videantur*) und beendet seine Darstellung mit der Frage an Paulus, welche Ansicht ihm richtiger erscheine – *quaero quid tibi iustius videatur*. Dieser leitet nun sein *responsum* mit einer scheinbar lapidaren, aber für seine weiteren Ausführungen ganz wesentlichen Bemerkung ein: *Haec disceptatio in factum constitit* – bei dieser Debatte geht es um Faktisches.

Er ist der Meinung, dass das seitens der Kläger vorgebrachte Argument bezüglich des vorentschiedenen Falles einer aus *pietas* und ihrem eigenen Vermögen leistenden Mutter nicht als *perpetuo* – durchgängig – gültig anzusehen sei. Was nämlich, so Paulus, wenn die Mutter ausdrücklich erklärt hat, dass sie ihrem Sohn nur unter dem Vorbehalt (*si etiam protestata est*) Unterhalt leistete, dass sie ihn selbst oder seine Tutoren darauf in Anspruch zu nehmen gedenkt? Paulus zitiert sodann ein Reskript des Antoninus Pius: Diesem lag der Sachverhalt zugrunde, dass eine Familie, der Vater, die Mutter und deren Kind, fern der Heimat weilten. Der Vater verstirbt in der Fremde und während der Rückreise nach Hause bestreitet die Mutter (offenbar solange bis ein Tutor bestellt ist) den Lebensunterhalt für ihren Sohn und dessen Sklaven (*filium quam familiam eius exhibuisse*). Diese Aufwendungen wollte sie zurückfordern und hier lautete die kaiserliche Entscheidung, dass der Mutter gegen den *pupillus*, ihren eigenen Sohn, die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag zu geben sei (*in ipsum pupillum negotiorum gestorum dandam actionem*). Daher, so Paulus, sei er unter den vorliegenden Umständen (*in re facti*) doch eher der Meinung (*facilius putabo*), dass im gegenständlichen Fall die Erben der Großmutter bezüglich ihres Begehrens auf In-Rechnung-Stellen der Alimentationsleistungen zu hören seien (*aviam vel heredes eius audiendos*), insbesondere dann, wenn es sich erweisen wird, dass die Großmutter ihre Aufwendungen in das Ausgabenbuch eingetragen hat (*in ratione impensarum ea*

retulisse); davon auszugehen, dass der Unterhalt aus beider Vermögen bestritten worden ist, sei, so Paulus, keinesfalls zulässig.

3. Leistung *iure pietatis* versus Anspruch *gestione negotiorum*?

Das klassische römische Recht kennt reziproke Unterhaltspflichten innerhalb der Familie in auf- und absteigender Linie[12]. Diese Verpflichtungen bestehen – als Neuschöpfung des Kaiserrechts – auch außerhalb agnatisch vermittelter Verwandschaftsverhältnisse[13]. Dort, wo aufgrund verwandschaftlicher Nähe eine Verbindlichkeit anerkannt ist, ist sie jetzt – sofern sie nicht freiwillig geleistet wird – rechtlich durchsetzbar[14], wobei freilich Berechtigung wie Verpflichtung zur Alimentation von den prinzipiellen Kriterien Bedürftigkeit (*necessitas*) einerseits und materieller Leistungsfähigkeit im Sinne von vorhandenem Vermögen (*facultas*) andererseits determiniert ist[15]. *Pupilli* und *pupillae* haben nach diesem Regime als vermögensfähige Personen somit grundsätzlich erst einmal aus ihren eigenen Mitteln für sich zu sorgen (freilich via Administration des Tutors)[16].

Bei näherer Betrachtung von D 3.5.33 glt es zwei Aspekte im Auge zu behalten: Erstens, Anspruchsgrundlage der Kläger ist die *negotiorum gestio*; zweitens, Leistung aus *pietas* schwebt als Argument gegen die Einwände der Beklagten im Raum. Die Kläger sehen in der Großmutter eine Geschäftsführerin ohne Auftrag; auch der Mutter, welche ihren Sohn auf der Rückreise in die Heimat alimentiert, gewährt Antoninus Pius

12 Trotz der angedeuteten Vielfalt rechtlicher Bereiche, in denen wir in den Quellen mit dem Thema „Unterhalt" konfrontiert werden, lässt sich als *sedes materiae* das fünfte Fragment des Digestentitels 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis* festmachen; dieser handelt neben den Alimentationspflichten zwischen Kindern und Eltern auch von jenen zwischen Patron und Freigelassenen sowie vom Prozedure der Vaterschaftsfeststellung. Die Zuständigkeit für Prozesse in diesen Angelegenheiten lag bei der *extraordinaria cognitio* der Konsuln, wie die Herkunft aus Ulpians zweitem Buch *de officio consulis* zeigt. Zu den drei ulpianischen Büchern *de officio consulis* siehe A. dell'Oro, I libri de officio nella giurisprudenza romana (1960) 31ff.

13 Dies gilt freilich nur, wenn es sich um durch eheliche Zeugung erfolgte Verwandtschaft handelt. Uneheliche Kinder sind *sui iuris* und ausschließlich ihrer Mutter kognatisch verbunden, und so ist hier auch nur die Mutter bzw ihre Aszendenz zur Unterhaltsleistung verpflichtet. Zwischen Ehepartnern existieren keine rechtlich durchsetzbaren Ansprüche, weder während aufrechter Ehe noch nach erfolgter Ehescheidung.

14 Führt die an sich vorausgesetzte *pietas paterna* nicht aus eigenem Antrieb zur Leistung von *alimenta*, wird der Verpflichtete dazu verurteilt, reskribieren Severus und Caracalla im Jahr 197 an einen gewissen Sabinus: C 5.25.4 *Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit. Quod si sponte non fecerit, aditus competens iudex alimenta pro modo facultatium praestari tibi iubebit. Quod si patrem se negabit, quaestionem istam in primis idem iudex examinabit.*

15 Vgl neben der oftmaligen Erwähnung dieses „Wortpaares" in D 25.3.5 auch die in C 5.25 *De alendis liberis ac parentibus* überlieferten Reskripte. Diese beiden Faktoren bestimmen seit jeher auch den Umfang der Alimentation; vgl nur E. Krause, Die gegenseitigen Unterhaltsansprüche zwischen Eltern und Kindern in der deutschen Privatrechtsgeschichte (1982) für das römische Recht 10ff; B. Laubach, Lateinische Spruchregeln zum Unterhaltsrecht (2004) 31ff.

16 Zur Höhe des seitens des Tutors aus dem Vermögen der *pupilli* zu leistenden Unterhalts sowie zur Rechnungslegung nach erfolgten Alimentationsleistungen siehe D 27.2 und D 27.3.1-8 (dazu gleich unten).

eine Klage aus *negotiorum gestio*. Geschäftsführung ohne Auftrag aber ist regelmäßig Führung eines *negotium alienum*, und zwar ohne dazu durch Vertrag oder eine sonstige rechtliche Verpflichtung verbunden zu sein. Wer also Unterhaltsleistungen als *gestor* erbringt, ist nicht zur Unterhaltsleistung verpflichtet, es gibt keinen klagsweise durchsetzbaren Anspruch gegen ihn[17]. „Gegenprobe" ist freilich die *actio negotiorum gestorum contraria*: Nur wer seine Aufwendungen auch refundiert erhält, also die tatsächlich verpflichtete Person zur „Verantwortung" ziehen kann, ist endgültig von jedweder Form der Verbindlichkeit exkludiert.

In D 3.5.33 sowie in einer Reihe weiterer Quellen[18], scheint sich das Argument der Leistung aus *pietas* gleichsam zwischen diese beiden Positionen zu schieben und den Begriff der Verbindlichkeit auf seltsame Weise aufzuweichen. Abgesehen von der Frage einer subsidiären Alimentationsverpflichtung der Mutter[19], die wohl bei Bedürftigkeit der väterlichen Aszendenz bzw des *pupillus* anzunehmen ist, ist eindeutig, dass primär der Vater zur Leistung verpflichtet ist und als solcher geklagt werden kann. Klagbare Ansprüche gegen die Mutter des (ehelichen) Kindes, solange der Vater, dessen Aszendenz, bzw bei *pupilli* diese selbst zur Leistung herangezogen werden können, sind nicht überliefert. Hat die Mutter in einem solchen Fall aber dennoch *alimenta* erbracht, muss sie sich, so scheint es, den Topos der Leistung aus mütterlichem Pflichtgefühl als anspruchsvernichtend entgegenhalten lassen, wird also die *pietas* als rechtlich eindeutig relevante Größe ins Treffen geführt. Dass dies aber nicht zwangsläufig und ohne Untersuchung der konkreten Umstände der Fall ist und sich im Streitfall massiver Widerstand gegen das von gegnerischer Seite unterstellte verwandtschaftliche Pflichtgefühl regt (bzw gegen die Behauptung, die Leistung sei aus *pietas* motiviert mit der Konsequenz, dass eventuelle Regressansprüche entfallen), soll im Folgenden gezeigt werden.

Haec disceptatio in factum constitit, sagt der Jurist – und einige dieser Fakten, die nach Paulus offenbar noch zu klären und zu beweisen sind, müssen naturgemäß auch hier offen bleiben. Dennoch lässt sich feststellen, welche Umstände für Paulus wohl als entscheidungsrelevant gegolten haben.

Avia nepotis sui negotia gessit – die Großmutter hat die Geschäfte ihres Enkels geführt – aus der weiteren Darstellung[20] ist davon auszugehen, dass dieser Enkel *sui iuris* und

17 Dass die *avia* hier keinesfalls zur Leistung von *alimenta* im Sinne eines durchsetzbaren Anspruchs verpflichtet war, geht schon daraus hervor, dass der Enkel als *pupillus* eindeutig über Vermögen verfügte.

18 Vgl (im unterhaltsrechtlichen Zusammenhang) D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons; D 3.5.26.1 Modestinus 1 resp; C 2.19.1, Severus/Antoninus (196); C 2.19.11 Alexander (227); C 2.19.13 Alexander (230); C 2.19.15 Gordianus (239).

19 Siehe dazu Sachers, Unterhalt (1951) 327ff; kommt zwar zum mE richtigen Ergebnis einer subsidiären Unterhaltsverpflichtung der Mutter, interpretiert die dafür einschlägigen Quellen allerdings ohne Rücksicht darauf, ob der Leistungsempfänger (wie in den meisten Texten das unmündige, aber gewaltfreie Kind) über eigenes Vermögen verfügt und für sich selbst sorgen könnte, aber dennoch Zuwendungen erhält, oder bedürftig ist; eine weitere Auseinandersetzung mit den Thesen Sachers würde hier allerdings zu weit führen, da die Frage einer gegen die Mutter einklagbaren Unterhaltsverpflichtung nicht Gegenstand dieses Beitrags ist.

20 Es klagen die Erben, es wird vorgebracht, dass die Großmutter aus dem Vermögen des Enkels geleistet hat, es wird die (Nicht-)Festsetzung der *alimenta* diskutiert, etc.

unmündig, also ein *pupillus* war. Warum hier die Großmutter die *negotia* ihres Enkels führte und in welchem Umfang, lässt sich nicht mehr rekonstruieren. Wir erfahren nicht explizit, welche Geschäfte das waren, aber offenbar hat die Großmutter das Vermögen ihres Enkels verwaltet. Die Herausgabe desselben wird nun von den Klägern begehrt, ähnlich der Abrechnung mit dem Tutor im Falle des Erreichens der Volljährigkeit durch den *pupillus*. (Und ebenso wie ein Tutor stellen die Erben der *avia* den geleisteten Unterhalt in Gegenrechnung – „*reputabant*“.) Da die Großmutter als Frau aber nicht das Amt eines Tutors übernehmen kann[21] – *tutelam administrare virile munus est* – wird sie aufgrund einer *negotiorum gestio* geklagt. Dass eine *de facto* Vermögensverwaltung durch die Mutter – neben einem Tutor oder aufgrund einer temporären Vakanz eines Tutors – durchaus stattgefunden hat, ist belegt und gerade der vorliegende Text gilt hierfür als illustrativ[22].

Auf den Einwand der Beklagten, dass die geleisteten *alimenta* von der geforderten Summe in Abzug zu bringen seien, wird neben der Berufung auf Zuwendung *iure pietatis* aus dem Vemögen der *avia* auch ins Treffen geführt, dass eine Festsetzung der Unterhaltssumme von der *avia* nicht beantragt wurde und nicht erfolgt ist.

Die Höhe des einem *pupillus* – im Regelfall eben durch den Tutor – zu leistenden Unterhalts bestimmt der Prätor[23] gemäß der Größe des Pupillarvermögens einerseits und der konkreten Bedürfnisse (Sklaven, Ausbildung, Kleidung, Wohnung, etc) andererseits[24]; bei besonders vermögenden Verhältnissen gilt es für den Prätor eine Art „Luxusgrenze“ zu beachten[25]. Dass der *pupillus* zwar *qua tutore*, aber letztlich aus seinem eigenen Vermögen alimentiert wird, schlägt sich auch darin nieder, dass der einmal festgesetzte Unterhalt zu vermindern ist, wenn der *pupillus* in Bedürftigkeit gerät, dass er aber zu erhöhen ist, wenn das Vermögen wieder anwächst; ein Zuschuss aus den Mitteln des Tutors ist nicht vorgesehen[26]. (Erst hier stellt sich dann die Frage, ob es nach dem oben geschilderten Regime rechtlich durchsetzbare Unterhaltsansprüche gegen verwandte Personen gibt.)

21 Vgl C 5.35.1 *Imp. Alexander A. Octaciliae. Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est (224).*

22 Vgl auch C 4.29.6 *Imp. Alexander A. Torquato. Si mater filiorum suorum gereret patrimonium, tutoribus eorum securitatem promiserit ... (228)*; C 5.45.1 *Impp. Valerianus et Gallienus AA. Marcello. Etiam mulieres, si res pupillares pro tutor administraverunt, ad praestandam rationem tenentur (259).*

23 D 27.2.3pr Ulpianus 1 de omn trib *Ius alimentorum decernendorum pupillis praetori competit, ut ipse moderetur, quam summam tutores vel curatores ad alimenta pupillis vel adulescentibus praestare debeant.*

24 D 27.2.3.2 Ulpianus 1 de omn trib *Ante oculos habere debet in decernendo et mancipia, quae pupillis deserviunt, et mercedes pupillorum et vestem et tectum pupilli aetatem etiam contemplari, in qua constitutus est cui alimenta decernuntur.*

25 D 27.2.3.3 Ulpianus 1 de omn trib *In amplis tamen patrimoniis positis non cumulus patrimonii, sed quod exhibitioni frugaliter sufficit modum alimentis dabit.*

26 D 27.2.3.6 Ulpianus 1 de omn trib *Sed si egeni sint pupilli, de suo eos alere tutor non compellitur. et si forte post decreta alimenta ad egestatem fuerit pupillus perductus, deminui debent quae decreta sunt, quemadmodum solent augeri, si quid patrimonio accesserit.*

Das *decretum* des Prätors über das Ausmaß der Unterhaltsleistungen dient in erster Linie dem Tutor im Rahmen der Rechnungslegung über das verwaltete Vermögen[27], da Ausgaben in der festgesetzten Höhe gegengerechnet und in Abzug gebracht werden können; hat er aber mehr gegeben, geht dies zu seinen Lasten[28].

Die Erben des Enkels führen somit den mangelnden Antrag der Großmutter auf magistratische Festsetzung des Unterhalts offenbar als Indiz für ihre Leistung aus *pietas* an – hätte sie an ein späteres In-Rechnung-Stellen der *alimenta* gedacht, hätte sie vielleicht zu ihrer eigenen Absicherung den angemessenen Unterhalt festsetzen lassen. Ein ähnliches Argument – freilich in die umgekehrte Richtung – verwendet Paulus am Ende des Fragments, wenn er meint, dass den Beklagten insbesondere dann Gehör zu schenken ist, wenn bewiesen werden sollte, dass die Großmutter ihre Aufwendungen bezüglich des Unterhalts im Ausgabenbuch eingetragen hat – denn dann, so kann man folgern, wollte sie offenbar für spätere Zwecke der Abrechnung ihre *impensae* festhalten. Schmitt-Ott nimmt an, die Festsetzung des Unterhalts hätte vor allem dafür ein Indiz geboten, „daß der Unterhalt aus dem Vermögen des Minderjährigen bestritten wurde"; ebenso wäre seiner Meinung nach eine Verbuchung der Aufwendungen im Ausgabenbuch ein Indiz für eine Leistung aus dem Vermögen des Enkels[29]. Zweifellos ist die Frage, aus welchem Vermögen (dem des *pupillus* oder dem der Großmutter) die *alimenta* geleistet wurden, für Paulus eine weitere ganz wesentliche *res facti* des Falles. Die Kläger bringen vor, die Großmutter hätte *iure pietatis de suo*, aus ihrem Vermögen, geleistet; und auch die erste Entscheidung, die sie für ihre Zwecke zitieren, zielt auf eine Leistung der Mutter aufgrund von *pietas* aus ihrem eigenen Vermögen ab – und eine solche Zuwendung könne nicht zurückgefordert werden: *constitutum esse dicebatur, ut si mater aluisset, non posset alimenta, quae pietate cogente de suo praestitisset, repetere*. Die Beklagten ziehen daraufhin die Richtigkeit dieser Entscheidung auch gar nicht in Zweifel, sondern meinen, das sei rechtens, aber eben nur dann, wenn bewiesen wird, dass die Großmutter aus ihrem eigenen Vermögen geleistet hat – und im vorliegenden Fall sei es wahrscheinlich (*verisimile*), dass die *alimenta* aus dem Vermögen des Enkels entnommen wurden. Gerade diese Frage ist aber ganz eng mit dem *pietas*-Argument verknüpft: Wer aus eigenem Vermögen leistet, kann durch verwandtschaftliches Pflichtgefühl motiviert sein, muss es aber nicht und kann ebenso in Erwartung eines

27 D 27.2.1pr Ulpianus 34 ad ed *Solet praetor frequentissime adiri, ut constituat, ubi filii vel alantur vel morentur, non tantum in postumis, verum omnino in pueris*; C 5.50.2 *Imp. Alexander A. Aufidio. Quod plerumque postulatur, ut arbitrio praetoris alimenta pro modo facultatum pupillis vel iuvenibus constituantur, pro officio suo hi qui aliena negotia gerunt, ne apud iudicem controversiam habeant, faciunt (223)*.

28 D 27.2.2pr Ulpianus 34 ad ed *Officio iudicis, qui tutelae cognoscit, congruit reputationes tutoris non improbas admittere, ut puta si dicat impendisse in alimenta pupilli vel disciplinas. (1) Modus autem, si quidem praetor arbitratus est, is servari debet, quem praetor statuit si vero praetor non est aditus, pro modo facultatium pupilli debet arbitrio iudicis aestimari nec enim permittendum est tutori tantum reputare quantum dedit, si plus aequo dedit.* Vgl dazu die inhaltlich vergleichbare Aussage in D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons, betreffend das Begehren der Antonia Montana auf Rückforderung der ihrem Kind geleisteten *alimenta* (siehe dazu weiter unten).

29 Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones* (1993) 109f.

späteren Aufwandersatzes handeln[30]; jemand, der auf fremdes Vermögen zurückgreift, leistet aber doch wohl nicht *pietatis causa*[31].

Die Frage, aus welchem Vermögen der Unterhalt erbracht wurde, wird – wie oben im Falle des fehlenden magistratischen *decernere* und der Eintragung in das Ausgabenbuch – mE lediglich als eines von mehreren Indizien für das Vorliegen oder Nicht-Vorliegen einer Leistung aus *pietas* angeführt. Und die gegnerischen Parteien sind sich ja auch einig, dass der Anspruch der Beklagten auf Gegenrechnung der *alimenta* jedenfalls nur bei Leistung aus dem Vermögen der *avia* besteht. Strittig ist lediglich die Frage, aus welchem Vermögen tatsächlich geleistet wurde – eine *res facti*, die geklärt werden muss, um, seitens der Kläger, eine Leistung aus anspruchsvernichtender *pietas* zu beweisen[32].

Durch sein *responsum* relativiert der Jurist dann das Vorbringen der Kläger noch weiter: Er deutet an, dass die von ihnen zitierte Entscheidung auch anders hätte ausfallen können, wenn die Mutter ausdrücklich erklärt hätte, dass sie nur unter dem Vorbehalt der Rückforderung die *alimenta* leiste. Er führt ein Reskript des Antoninus Pius an, das einer Mutter, die ihren Sohn und dessen Sklaven auf der Rückreise in die Heimat versorgt hat, weil der Vater in der Fremde verstorben ist, sehr wohl eine Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag auf Ersatz ihrer Aufwendungen gegen ihren eigenen Sohn gewährt. Dieser wurde durch den Tod seines Vaters zum *pupillus*, seinen Unterhalt hat er somit, sofern er nicht bedürftig ist, aus seinem eigenen Vermögen zu bestreiten. Realiter wird nicht daran zu zweifeln sein, dass die Mutter hier natürlich insofern aus Zuneigung gehandelt hat, als sie ihr Kind in der momentanen Situation nicht unversorgt lassen wollte – rechtlich relevant erscheint diese Form der *pietas* allerdings nicht und sie wird der aus eigenem Vermögen leistenden Mutter auch nicht gleichsam automatisch als Motiv unterstellt. *Haec disceptatio in factum constitit* – und zu diesen Fakten zählen insofern auch die Intentionen der handelnden Personen. Die Zuwendung *pietatis causa* erscheint somit im Rahmen von Unterhaltsleistungen als Ausschlussgrund für eine Rückforderung, muss

30 Siehe dazu gleich unten den Fall der Mutter, die ihren Sohn und dessen *familia* nach dem Tod des Vaters alimentiert: Hier hat die Mutter jedenfalls aus ihrem eigenen Vermögen geleistet, da ja Antoninus Pius ihr die *actio negotiorum gestorum (directa)* gegen den *pupillus* gewährt.

31 Anders aber Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones* (1993) 109: „Der Hinweis, daß die Großmutter sittlich zur Leistung des Unterhalts verpflichtet war, erlaubt weder den Schluß, daß die Großmutter den Unterhalt tatsächlich *de suo* leistete …". Auf eine sittliche Verpflichtung der Großmutter per se (abgekoppelt von der Frage aus welchem Vermögen die Zuwendung stammt) wird aber im Text gar nicht rekurriert, sondern die Leistung aus *pietas* wird immer mit der Herkunft aus dem Vermögen der *avia* verbunden.

32 Schmidt-Ott, *Pauli Quaestiones* (1993) 109f geht offenbar davon aus, dass die Zulässigkeit der Gegenrechnung („Regressanspruch") seitens der Beklagten überhaupt nur dann möglich wäre, wenn die *avia de suo* geleistet hat, da ansonsten „das Enkelvermögen ohnehin vermindert" sei. Es geht aber doch gerade darum, welche Summe die Beklagten aufgrund der gegen sie gerichteten Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag an die Kläger letztlich herauszugeben haben und ob sie dabei Abzüge geltend machen können – auch der Tutor leistet ja aus dem von ihm verwalteten Vermögen. Für den Fall, dass anders bewiesen werden kann, dass die *avia* aus *pietas* gehandelt hat, ist es wohl grundsätzlich irrelevant, aus welchem Vermögen de facto geleistet wurde.

allerdings erst bewiesen werden (allenfalls im Sinne einer Beweislastumkehr)[33] und ist nicht *a priori* aufgrund verwandtschaftlicher Beziehungen eines bestimmten Grades anzunehmen. Die einfache Formel, die in Zusammenhang mit Fragen des Aufwandersatzes im Rahmen der *negotiorum gestio* so oft zu lesen ist – „kein Ersatz, wenn die Aufwendungen aus sittlicher Pflicht geboten waren"[34] – muss daher, jedenfalls im Bereich von Unterhaltsleistungen, differenziert betrachtet werden; sobald rechtlich durchsetzbare Ansprüche der berechtigten Person vorhanden sind[35], tritt das Argument der Zuwendung aus pflichtgemäßer, quasi zwingender *pietas* notwendigerweise in den Hintergrund.

Dass freilich nicht alle einschlägigen Quellen diesen Schluss in solcher Deutlichkeit nahe legen, zeigt die Unvorhersehbarkeit der rechtlichen Situation für die konkret leistende Person. Weiters konnte, wenn die Unterhaltshöhe nicht wie im Rahmen der *tutela* durch Dekret festgesetzt war, auch die Unbestimmtheit dessen, was im konkreten Fall als (angemessene) Unterhaltsleistung zu gelten hat und daher vielleicht mit Leistung aus geforderter *pietas* konnotiert würde, zum Problem werden: Im Jahr 227 beantwortet die Kanzlei Kaiser Alexanders die Anfrage einer gewissen Herennia[36], die Aufwendungen für ihre Kinder getätigt hat und diese nun unter dem Titel der Geschäftsführung ohne Auftrag zurückverlangt. Wir erfahren nicht, wer Herennias Anspruchsgegner ist, denkbar wäre einerseits der Vater der Kinder, wenn sie statt seiner geleistet hat, andererseits aber auch die Kinder selbst. Die Beantwortung von Herennias Anfrage fällt differenziert aus: *alimenta*, die sie *cum id exigente materna pietate* geleistet hat, wird sie nicht qua *negotiorum gestio* erlangen können. Wenn sie aber etwas *utiliter et probabili more* aufgewendet hat, kann sie das zurückfordern[37]. Wenn man mit Seiler[38] die Ansicht vertritt, dass „*cum*" hier auch konditional verstanden werden kann, trifft das Reskript wiederum die Aussage, dass nur unter dem Beweis der Leistung *materna pietate* und nicht schon durch die Tatsache, dass die Mutter als nächste Verwandte gehandelt hat, ein Regress ausgeschlossen ist. Für die Klägerin unbefriedigend, weil wohl nicht ohne weiteres vorhersehbar, bleibt dann aber die „Zweiteilung" des Rückforderungsanspruchs nach

33 Vgl zB die Rechtsvermutung mit Beweislastumkehr in § 685 BGB: (1) Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. (2) Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen.

34 Vgl nur Kaser, Privatrecht I (²1971) 590 Anm 40; R. Zimmermann, Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996) 439: „Furthermore, a certain type of amicitia, namely the amicitia paterna or pietas, could even have the opposite effect: for the actio negotiorum gestorum contraria was taken to be excluded, if the gestor had incurred expenses in the form of maintenance payments in favour of close relatives".

35 Bzw wie hier, wo der *pupillus* grundsätzlich zur Versorgung aus eigenem Vermögen angehalten ist.

36 C 2.19.11 *Imp. Alexander A. Herenniae. Alimenta quidem, quae filiis tuis praestitisti, reddi tibi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter et probabili more impendisti, (si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis,) id negotiorum gestorum actione consequi potes (227).*

37 Der Satzteil *si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisse ostenderis* wird aufgrund eines Vergleichs mit den Basiliken (17.2.11) nach herrschender Ansicht als interpoliert gestrichen (vgl dazu nur Sachers, Unterhalt (1951) 333f mwN).

38 Seiler, Negotiorum gestio (1968) 44 Anm 38.

bestimmten Leistungsinhalten (*alimenta* auf der einen und (sonstigen?) Aufwendungen, die sie *utiliter et probabili more* getätigt hat, auf der anderen Seite, wo offenbar die Frage nach eventueller Leistung aus *pietas* nicht aufgeworfen wird)[39].

Auch D 25.3.5.14[40] handelt von einer Mutter, welche ihrem Kind Unterhalt geleistet hat und nun vom Vater Ersatz begehrt; sie sei *cum modo*, also in einem gewissen Umfang, zu hören, schreibt Ulpian und zitiert ein Reskript des Marcus Aurelius. Dieser antwortete der Antonia Montana, dass der vom Regressanspruch umfasste Betrag der richterlichen Beurteilung unterliege. Das, was sie *necessario* gewährt hat, wird von dem unterschieden, was sie *exigente materno affectu in filium … etiamsi a patre suo educaretur* aufgewendet hat. Es gibt also den Vater als primär zur Leistung des notwendigen Unterhalts verpflichtete Person, und in diesem Ausmaß besteht auch Antonia Montanas Anspruch gegen denselben, wenn sie statt seiner tätig geworden ist. Das aber, was über die Verbindlichkeit des Vaters hinausgeht, was sie auch dann geleistet hätte, wenn das Kind *a suo patre educaretur*, wird konsequenterweise als aus mütterlicher Liebe zugewendet betrachtet. Hier wird gemäß den regelmäßigen Folgen der *negotiorum gestio* der Betrag, den eine andere Person zu leisten verpflichtet ist, ersetzt[41]. Dass es die Mutter war, die hier *alimenta* gezahlt hat, scheint irrelevant, ein Ausschluss der Rückforderung aufgrund von *pietas* findet nicht statt.

4. Resüme

Die hier exemplarisch angeführten wären noch durch weitere Texte ergänzbar. Festzustellen ist, dass die Quellen kein einheitliches Bild liefern (jedenfalls im Bereich von Alimentationsleistungen im weiteren Sinn). Der Begriff der *pietas* sowie deren argumentativer Einsatz ist insofern schillernd, als er bezüglich seiner rechtlichen Verbindlichkeit in abgestufter Form in Erscheinung tritt. Es wird unterschieden zwischen bloß aus *pietas* motivierter Leistung und rechtlich relevanter *pietas*, die eine Rückforderung nach erbrachter Leistung jedenfalls ausschließt, wiewohl kein einklagbarer Anspruch besteht. Manchmal wird sie, etwa aufgrund des Leistungsinhaltes oder der Nähe des Verwandtschaftsgrades als gegeben angenommen bzw vorausgesetzt,

39 Freilich könnte die Anfrage Herennias diese *impensae* näher formuliert haben: gemäß dem in den Basiliken überlieferten Text dürfte es sich ua um Prozesskosten gehandelt haben. Ein Anspruch auf Rückforderung der von einer Mutter im Zuge einer *accusatio suspecti tutoris* aufgewendeten Prozesskosten wird hingegen in C 2.19.1 kategorisch mit der Begründung, dass sie ein *munus pietatis* erfüllt hätte, verneint: *Impp. Severus et Antoninus AA. Sopatrae. Cum tutores filiorum tuorum suspectos faceres eisdemque tutores seu curatores peteres, munere pietatis fungebaris quae causa non admittit negotiarum gestorem actionem, ut sumptus, quos in ea lite fecisti, repetere possis, cum etiam si quis pro adfectione domestica aliquos sumptus fecerit, nulla ratione eos petere potest (196).*

40 D 25.3.5.14 Ulpianus 2 de off cons *Si mater alimenta, quae fecit in filium, a patre repetat, cum modo eam audiendam. ita divus Marcus rescripsit Antoniae Montanae in haec verba sed et quantum tibi alimentorum nomine, quibus necessario filiam tuam exhibuisti, a patre eius praestari oporteat, iudices aestimabunt, nec impetrare debes ea, quae exigente materno affectu in filiam tuam erogatura esses, etiamsi a patre suo educaretur.*

41 Vgl die hier Parallele zum Tutor in D 27.2.2pr Ulpianus 34 ad ed: … *Nec enim permittendum est tutori tantum reputare quantum dedit, si plus aequo dedit.*

in den meisten Fällen aber unterliegt sie quasi als Tatbestandselement der Beweisführung. Die überlieferten Quellen zeugen auch von einem Zustand, der noch vom Prozess des Übergangs der aus der *patria potestas* abgeleiteten Verbindlichkeit hin zu einer nun auch von einem weiteren Personenkreis geschuldeten, einklagbaren Verpflichtung geprägt ist, somit von einem Prozess der Verrechtlichung von Unterhaltsansprüchen.

Abstract

There is a wide range of Roman-law texts on the duty of support. This obligation may result from family connections, from the relationship between *patronus* and freedman or even from ownership of a slave. A duty of maintenance may be imposed on somebody in a will, it may be linked to the allocation of a marriage portion, it may figure as a secondary obligation in a contract, etc. Accordingly, Roman jurists often comment on aspects of maintenance law, even outside the *sedes materiae* (D 25.3.5 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis*). They focus on a variety of legal topics, such as inheritance or succession, marriage, or *negotiorum gestio*. In the title *De negotiis gestis* in D 3.5.33 (*Paulus 1 quaestionum*) a case is reported which includes contradictory statements by the parties as well as exceptionally detailed statements by the jurists: *Avia nepotis sui negotia gessit* – a grandmother was managing her grandson's affairs; both she and the grandson having died, their heirs appeared as plaintiff and defendant. The claims related to the grandmother's maintenance of her grandson, so that defendants and plaintiffs were opponents in an *actio negotiorum gestorum (directa)*. Earlier decisions quoted in this trial and the arguments advanced during the proceedings highlight the juxtaposition between enforceable obligations and the role of conscience where there is a duty of support. In particular, the judicial relevance of *pietas* will be examined in this contribution.

ROMAN LAW AND THE DEVELOPMENT OF HUNGARIAN PRIVATE LAW BEFORE THE PROMULGATION OF THE CIVIL CODE OF 1959

Gábor Hamza*

1. Roman law and Medieval Hungarian customary law[1]

Although Hungary (the kingdom of Hungary, *regnum Hungariae*) had close relations with the Byzantine Empire (*Imperium Romanum Orientis* or *pars Orientis Imperii Romani*), the fact that King Stephen I (St. Stephen, 1000-1038) and his country embraced western (Latin) Christianity made the penetration of Byzantine (Roman) law (*ius Graeco-Romanum*) into Hungary impossible. It was only emperor Justinian's codification (528-534), especially the *Codex Iustinianus* and some novels (*Novellae*), that made an impact on the laws (*decreta*) of St. Stephen, even if indirectly.[2]

The Transdanubian part of Hungary was under Roman control for almost four centuries. The provinces of *Pannonia prima* and *Pannonia secunda, Savia* and *Valeria*

1 T. Vécsey, *A római jog története hazánkban és befolyása a magyar jogra* (The History of Roman Law in Hungary and its Impact on Hungarian Law), MS (Budapest, 1877-1878); Z. Pázmány, *Il diritto romano in Ungheria*, (Pozsony, 1913); I. Zajtay, *Sur le rôle du droit romain dans l'évolution du droit hongrois*, Studi in memoria P. Koschaker, vol. 2 (Milano, 1954); Gy. Bónis, *Einflüsse des römischen Rechts in Ungarn*, IRMAE V 10 (1964); idem, *A jogtudó értelmiség a Mohács előtti Magyarországon* (Hungarian Intelligentsia Versed in Law in the Period Prior to Mohács), (Budapest, 1971): idem, *Középkori jogunk elemei* (Elements of Hungarian Medieval Law), (Budapest, 1972); J. Zlinszky, *Ein Versuch der Rezeption des römischen Rechts in Ungarn*, Festgabe A. Herdlitczka (München-Salzburg, 1972); I. Kapitánffy, *Römisch-rechtliche Terminologie in der ungarischen Historiographie des 12-14. Jh.*, Acta Antiqua Hungariae 23 (1975); B. Szabó, *Die Rezeption des römischen Rechts bei den Siebenbürger Sachsen*, Publicationes Universitatis Miskolciensis. Series Juridica et Politica, Miskolc IX (1994). For the role of Roman law in the medieval Hungarian state, see J. Gerics, *A korai rendiség Európában és Magyarországon* (The Early Feudal State in Europe and Hungary), (Budapest, 1987).

2 See G. Hamza, *Szent István törvényei és Európa* (The Laws of Saint Stephen and Europe), Szent István és Európa ed. G. Hamza (Budapest, 1991) and idem, *Szent István törvényei és a iustinianusi jog* (The Laws of Saint Stephen and Justinian's Law), Jogtudományi Közlöny 51 (1996). Cf. M. Jánosi, *Törvényalkotás Magyarországon a korai Árpád-korban* (Legislation in Hungary in the Early Period of the Árpád Dynasty), (Szeged, 1996).

* Professor of Law, Eötvös Loránd Tudományegyetem, Budapest.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 383-393

belonged to the western part of the Roman Empire. Romanisation included the sphere of law, as witnessed by several inscriptions.[3]

a) Roman law started having a direct influence in Hungary only during the age of the Glossators. Hungarian students were attending the University of Bologna (*Studium Bononiense*) by the thirteenth century. There was even a separate 'Hungarian nation' (*natio Hungarica*) at that university with about eighty students from the kingdom of Hungary (*regnum Hungariae*) attending the lectures (classes) of the glossators before 1301.

Other Hungarian students (*peregrinatio academica*) studied canon law in Paris and became acquainted with Roman law. A few Hungarians studied law at the universities of Padua, Oxford, and Cambridge amongst others. Hungarian students continued to go to universities abroad under the Angevin (*Anjou* in French, *Angioini* in Italian) kings (1308-1387). The first university in Hungary (the fourth university in central Europe after the foundation of the University of Prague (1348), the University of Cracow (1364) and the University of Vienna (1365)) was established at Pécs (*Civitas Quinqueecclesiensis* in Latin, *Fünfkirchen* in German) in 1367, and Roman law was probably taught there.[4]

As a consequence of these developments, the book of *formulae* (*Formularium*) by János Uzsai, rector of the University of Bologna around 1340, and Bertalan Tapolczai reflected some Roman-law influence. The terminology of legal documents at that time, as well as the chronicles written during the Árpád and Angevin dynasties, especially the *Gesta Hungarorum* of Simon Kézai at the end of the thirteenth century, also reflected the influence of Roman law.

The impact of Roman law was much less marked in the *ius scriptum*, that is the royal statutes and decrees. At the same time, certain principles of Roman public law (*ius publicum Romanum*) can be traced, for example, in references to the *plenitudo potestatis*, serving as a justification for the preponderance of royal power at the time of the Anjou dynasty and subsequently during the reigns of King Sigismund (1387-1437) and King Matthias (1458-1490).

b) From the fifteenth century onwards it was only wealthier intellectuals (churchmen i.e. *canonici* in particular) who could afford to study in Italy. Less well-to-do students went to Cracow or Vienna primarily to study canon law, but they also became acquainted with Roman law. Tradition has it that King Matthias himself took an interest in the question of the reception of Roman law in Hungary.

King Matthias attempted to codify Hungarian law by passing Act VI of 1486 (*Decretum maius*), whose preamble follows the structure and terminology of the

3 See K. Visky, *A római magánjog nyomai a magyar földön talált római kori feliratos emlékeken* (Traces of Roman Private Law in Roman Inscriptions Found on Hungarian Soil), Jogtörténeti Tanulmányok 5 (1983).

4 For the Hungarian *peregrinatio academica* at the faculties of law at European universities see B. Szabó, *Előtanulmány a magyarországi joghallgatók külföldi egyetemeken a XVI-XVII. században készített disputatióinak (dissertatióinak) elemzéséhez* (Preliminary Study of the Analysis of Dissertations Prepared by Hungarian Students of Law Studying Abroad in the Sixteenth and Seventeenth Centuries), Publicationes Universitatis Miskolciensis. Series Juridica et Politica VIII 5 (Miskolc, 1993). For the beginnings of Hungarian higher education see A. Csizmadia, *A pécsi egyetem a középkorban* (The University of Pécs in the Middle Ages), (Budapest, 1965).

constitutio imperatoriam maiestatem and contains several Roman-law elements and terms. The *Decretum maius* was repealed six years later, after the death of King Matthias, under the reign of king Wladislaw II.

The great Spanish humanist of Valencia, Juan Luis Vives (1492-1540) maintained that the Hungarian King Matthias (*Matthias rex*) intended to give native or vernacular law (*ius patrium*) a new foundation through the reception of Roman law, but because of the difficulties inherent in this process, gave up his plan. Although Imre Kelemen still found this view credible in the early nineteenth century, Ignác Frank rejected it as lacking any foundation in the sources. However, it is undeniable that King Matthias' attempt to strengthen royal power especially in the last decade of his reign, was theoretically based on Roman-law principles.

A few Hungarian law-books surviving from the Middle Ages, written in German in the fifteenth century, especially those of Buda and Pozsony (Pressburg in German, Presbourg in French, now Bratislava in Slovakia) contain Roman-law technical terms, and refer to Roman-law institutions.

2. István (Stephanus) Werbőczy and the *Tripartitum*

The law-book of Chief Justice István (Stephanus) Werbőczy (c. 1458-1541) systematising feudal customs (*consuetudines*) was in Latin, which was the language of administration of the kingdom of Hungary (*lingua patria*), and it was entitled *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae.* Showing the impact of Roman law in many respects, this general and comprehensive *decretum* was the first to set down native custom in writing. It was accepted by the Diet of 1514 and sanctioned by the king, Wladislaw II (1490-1516), but was never promulgated, so never formally became a source of law. Werbőczy's *Tripartitum* nevertheless became authoritative despite its failure to be enacted. Werbőczy had the *Tripartitum* printed in Vienna three years later in 1517, and himself sent it to the county towns. Since the county town tribunals (*sedes judiciariae*) were generally in the hands of the lesser nobility (*Kleinadel* in German), within a few decades the *Tripartitum* was widely used in the courts and became part of Hungarian customary law, especially after it was translated into Hungarian.

The *Tripartitum* was implemented in Transylvania, the 'second Hungary', which for 150 years after the feudal period had since 1541 been a semi-independent principality under a Hungarian prince under the rule of János Szapolyai, of whom Werbőczy was a leading supporter. Indeed, after the dissolution of the semi-independent Hungarian principality, King Leopold I (1657-1705) of Hungary who was also the emperor of the Holy Roman Empire, once he acquired the princedom, enacted the charter (*Diploma Leopoldinum*) of 1691 that recognised the *Tripartitum* as a source of law in Transylvania.

Judicial practice in Hungary also necessitated the inclusion of the *Tripartitum* in the sources of law of the kingdom. The authors of the compilation of Hungarian law, the *Corpus juris Hungarici,* in its edition of 1628, included the *Tripartitum*.

In the following centuries, Roman law made further appearances but was never formally received in the Hungarian legal system. Its principles and terminology came to be incorporated in Hungarian decisions primarily through the works of the *Quadripartitum*, which succeeded the *Tripartitum.*

As a law-book (*Rechtsbuch* in German, *coutumier* in French, *jogkönyv* in Hungarian) Werbőczy's work comprised contemporary feudal customary law and the royal decrees that used predominantly Roman terminology. However, the texts taken from Justinian's codification (compilation) were probably included only to increase the prestige of the *Tripartitum*. The links between the *Tripartitum* and Roman law are conspicuous in the following aspects:[5]

a) The division of the book into chapters on *de personis, de rebus,* and *de actionibus* follows the Roman-law tradition. Werbőczy nevertheless had to admit that it was useless to try to force Hungarian feudal law into the framework of *personae-res-actiones* (the system of the Institutes of Gaius).

b) Similarly, the general terms of Roman law, such as *ius naturale*, *ius publicum*, *ius privatum*, *ius civile*, and *ius gentium*, and its legal principles, such as *ius est ars boni et aequi*, were formally adopted, mostly in the *Prologus*, but are not incorporated in the regulations of the Hungarian *ius consuetudinarium* in the *Tripartitum*.

c) The impact of Roman law on the *Tripartitum* is also noticeable in its legal terminology, although this does not always accord with the original meaning; and in several legal institutions taken over from Roman private law, such as the division of guardianship into testamentary, statutory, and commissioned versions, certain rules concerning wills, paternal power.

Where Werbőczy gained his knowledge of Roman law and what the sources were of the Roman-law texts in the *Tripartitum,* is still a subject of debate among legal historians. His principal source must have been the textbook of Roman and canon law written by Master (*magister*) Raymundus[6] at Naples in the thirteenth century. This must have been taken to Hungary and Poland in the course of the military campaigns waged in Naples by King Louis I (the Great) (1342-1382) around the middle of the fourteenth century. In Poland, the *Tripartitum* even became a national statute (*statutum*).

The so-called *Summa legum Raymundi* contained the customary law of the South Italian towns and the penal laws of the Angevin kings, and came to form part of the law-books of several royal free cities in Upper Hungary (such as Bártfa and Eperjes). There were also manuscript versions of it at Cracow and Wiener Neustadt. Recent research shows that Werbőczy's source must have been the one from Cracow, which leads us to conclude that he must have studied there.

5 See A. Földi, *A római személyi és családi jog hatása a Tripartitumra* (The Impact of the Roman Law of Persons and Family Law on the *Tripartitum*), Jogtudományi Közlöny 48 (1993) and idem, *Werbőczy és a római jog* (Werbőczy and Roman Law), Degré A. Emlékkönyv ed. G. Máthé (Budapest, 1995); G. Hamza, *Werbőczy Hármaskönyvének jogforrási jellege* (Werbőczy's Tripartitum as a Source of Law), Jogtudományi Közlöny 48 (1993) and idem *A Tripartitum mint jogforrás* (The Tripartitum as a Source of Law), Degré A. Emlékkönyv ed. G. Máthé (Budapest, 1995).

6 Experts are uncertain of the identity of the author of the textbook, since the name Raymundus appeared in a Cracow manuscript for the first time only in 1506. See E. Seckel, *Über die Summa legum' des Raymund von Wiener Neustadt*, Beiträge zur Geschichte beider Rechte im Mittelalter, vol. 1 (Tübingen, 1898); A. Gál, *Die Summa legum brevis, levis er utilis des sog. Doktor Raymundus von Wiener Neustadt*, (Weimar, 1926); Gy. Bónis, *Der Zusammenhang der Summa Legum' mit dem Tripartitum'*, Studia Slavica Hungarica, Budapest XI (1965).

3. Hungarian private law from 1514 to the nineteenth century[7]

At the time when the *Tripartitum* was written, economic development in Hungary was mostly confined to towns, but production for the market was already increasing on the estates of the nobility. These changes must have contributed to the compilation of the *Formularium Posoniense* by Prebend Imre Pápóczi in the 1530s. This collection of laws was intended to be a textbook and to regulate the improving economic conditions of the day through contractual formulas resembling Roman-law ones, and through his commentaries. The impact of Roman law may also be seen in the laws passed in the first half of the century.[8]

Werbőczy's *Tripartitum* that contained feudal private law and generally referred to Roman law formally without incorporating it, became 'the Bible or Holy Scripture of the nobility' for the following three centuries, paralysing the development of both law and legal science. Although in the sixteenth century the Hungarian humanists tried to effect at least a partial reception of the *Corpus iuris civilis*, they failed to break the power of the Hungarian customary law.

Iohannes Honterus (1498-1549) published his work *Sententiae ex libris pandectarum iuris civilis*, which is mainly of a didactic nature, in Brassó (Kronstadt in German, now Braşov in Romania) in 1539, with a view to acquainting the public with Roman law. In its preface, he emphasised the advantages of Roman law as against municipal custom, which was often uncertain. Another work by Honterus, based on Roman law and entitled *Compendium iuris civilis in usum civitatum ac sedium Saxonicarum collectum in Transsilvania* (1544), subsequently served as a basis for the municipal statutes of the Saxon towns of Transylvania. These statutes remained valid in the *Királyföld* (King's Land in English, *Königsboden* in German, *Fundus regius* in Latin) for three centuries after 1583.

Iohannes Sambucus (János Zsámboki, 1531-1584) was responsible for the first edition of the *Corpus iuris Hungarici* in 1581. Zsámboki included in this edition (as an appendix to the *Tripartitum* of Werbőczy) the legal principles found in the last title of the *Digesta* (50,17) under the subtitle *Regulae iuris antiqui*, which indicated their formal reception in the Hungarian legal system. The work of Iohannes Decius Barovius (János Baranyai Decsi, c. 1560-1601) entitled *Syntagma institutionum iuris imperialis sive Iustiniani et Hungarici* (1593) introduces the institutions of the *ius patrium* in the framework of Justinian's *Institutiones.*

In the seventeenth and eighteenth centuries, Roman law was primarily a subject taught at the universities, chiefly at Nagyszombat (today Trnava in Slovakia). The impact of Roman law was also discernible in works dealing comprehensively with Hungarian law.

7 A. Degré, *Elemente des römischen Rechts im Vermögensrecht der ungarischen Leibeigenen,* Einzelne Probleme der Rechtsgeschichte und des römischen Rechts, (Szeged, 1970); K.K. Klein, *Der Humanist und Reformator Johannes Honter*, (Sibiu, 1936).

8 Act XLIII of 1542 about affiliation shows, for example, the direct impact of the *SC Plancianum* of Emperor Vespasian; see T. Vécsey, *Az 1542. évi pozsonyi országgyűlés 43-ik törvényczikke* (Act nr. XLIII of 1542 of the Diet of Pozsony), Századok 43 (1909).

The work of János Szegedy (1699-1760) entitled *Tripartitum iuris Hungarici tyrocinium* (1734) compared the institutions (*Rechtsinstitute* in German) of Hungarian and Roman law.

The reforms of the king of Hungary, Maria Theresia (1740-1780) had a marked effect on the teaching of law at the universities. The (first) *Ratio educationis* of 1777 provided that legal history, private law, criminal law and procedural law should be included in the teaching of Hungarian law, and that public law was to be a separate subject. The first treatise on the vernacular law for universities was written in 1751 by István Huszty (c. 1710 - c. 1772), professor at the Academy of Law in Eger (Erlau in German). This work did not develop basic Hungarian customary law, though it was used as a textbook for half a century.

The first step towards the codification of private law in Hungary was taken in the last decade of the eighteenth century. The Diet of 1790-1791 set up a legal committee (*deputatio juridica*) to prepare the necessary reforms. A criminal code (*codex de delictis eorumque poenis*) and a draft civil code (*projectum legum civilium*) were prepared for debate in the following Diet.

4. The science of Roman law and private law in the nineteenth century[9]

The (second) *Ratio educationis* of 1806 issued by the Emperor of the Holy Roman Empire and king of Hungary, Francis I (1792-1835) improved the teaching of Hungarian law (*ius patrium*) by separating the teaching of criminal law and private law.

Imre Kelemen (1744-1819), an outstanding scholar of civil law, frequently referred to Roman law, especially in his *Institutiones iuris Hungarici privati* (1814).[10] Kelemen had a new approach. In the first volume of this four-volume work he dealt with the history of private law according to the royal decrees and statutes adopted by the diets; in the second volume he followed Werbőczy's system based on the *Institutiones* (*de personis*, *de rebus* and *de actionibus*). He discussed the characteristics of Hungarian customary law. His *Institutiones iuris Hungarici privati* also refers to the influence of Roman law and canon law on a number of legal institutions in the Hungarian *ius patrium*. The influence of Savigny's branch of *Pandektistik* or *Pandektenwissenschaft,* prompted the first significant change in Hungarian law.

9 E. Pólay, *A pandektisztika és hatása a magyar magánjogtudományra* (The Pandectist School and its Impact on Hungarian Civil Law Jurisprudence), Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominate. Acta Iuridica et Politica, Szeged 23, 6 (1976); J. Zlinszky, *Wissenschaft und Gerichtsbarkeit. Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert*, (Frankfurt-am-Main, 1997). For Ignác Frank, see L. Villányi Fürst, *Jogi professzorok emlékezete* (In Memoriam of Some Professors of Law), (Budapest, 1935); For Gusztáv Wenzel, see T. Balázs, *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae*, Sectio Iuridica, Budapest 31 (1990). For Gusztáv Szászy-Schwarz, see K. Szladits, *Magyar jogászegyleti értekezések* (Studies Prepared for the Hungarian Association of Lawyers), (Kecskemét, 1934); For Elemér Balogh, see G. Hamza, *Balogh Elemér, a római jog művelője* (Elemér Balogh, the Roman Law Scholar), Jogtudományi Közlöny 35 (1980).

10 This work was also published four years later, in 1818 in Vienna, in German as *Darstellung des ungarischen Privatrechts.*

Mátyás Vuchetich (1767-1824), a follower of the ideas of Karl Anton von Martini (1726-1800) and Franz von Zeiller (1751-1828), was the author of the works *De origine civitatis* (1806) and *Elementa juris feudalis* (1824). In these works dealing mainly with private and criminal law, Vuchetich traced the evolution of Hungarian customary law, taking into account the judicial practice of the Supreme Court (*curia*).

According to László Szalay (1813-1864), Ignác Frank (1788-1850), the first notable scholar of civil law in the nineteenth century, and professor at the University of Pest, may be considered 'the pioneer of a new era' despite his opposition to codification. In his work *Specimen elaborandarum insitutionum iuris civilis Hungarici* published in Kassa (Cassovia in Latin) in 1823, which reflects the influence of natural law (*ius naturale* or *ius naturae*) as represented by Christian Wolff (1679-1754), Frank used Roman-law terminology to describe modes of land ownership. Roman (Latin) legal terminology may be found in several of his other works when he discusses issues in Hungarian law.

Frank expounded his principles in a major work in two volumes that appeared in Pest in 1829, the *Principia iuris civilis Hungarici.* Having examined the origins of Hungarian law, he concluded that it had been influenced by Roman and Canon law and also by French and German law. He asserted that the Germans had transmitted their civilisation and institutions to Hungary. He cited as examples of this assertion the institution of a National Assembly, legislative procedure, the privileges of the nobles, the status of the serfs (*servientes*), the institutions of feudal fiefs and grants, the mortgaging of lands, the dowry, the use of the blood-price, and the various types of court procedure. The *Tripartitum* of Werbőczy led him to believe that the system of civil procedure was brought to Hungary from France during the reign of Charles Robert (1308-1342).

The *Principia iuris civilis Hungarici* was undoubtedly the most comprehensive work on the Hungarian *ius privatum feudale*. Frank expanded on it in a work published in three volumes in Hungarian, entitled *A közigazság törvénye Magyarhonban*, (Buda, 1845-1847). This work was by no means a mere translation of the Latin book. *A közigazság törvénye Magyarhonban* updated the *Principia iuris civilis Hungarici* with references to new legislation and made use of historical documents that had been published in the meantime. With the help of these, Ignác Frank tried to explain the evolution of some rules of customary law, and sometimes criticised its surviving rules, explaining that they had originated under quite different circumstances and had had different objectives.

Ignác Frank's pupil, Gusztáv Wenzel (1818-1891) was a dedicated follower of the Historical School of Law (*Historische Rechtsschule*) and often referred to Roman law in his writings.

From the second half of the nineteenth century, the Pandectist School, and especially Jhering, through the works of Gusztáv Szászy-Schwarz (1858-1920), a civilian jurist of universal scope, increasingly impacted on Hungarian jurisprudence and the practice of the courts. Since almost all Hungarian Romanists and civilian jurists had been pupils of German Pandectists[11] they contributed to the spread of several elements of German Pandect law (*Pandektenrecht*) in legal practice.

11 E.g., Szászy-Schwarz and Mihály Biermann (1848-1889), a professor of law at Győr and Nagyszeben (Hermannstadt in Germany, now Sibiu in Romania) attended the lectures of Jhering; and Elemér Balogh (1887-1953), an outstanding expert on comparative law, was a disciple of Heinrich Dernburg in Berlin.

5. The role of Roman law in the codification of Hungarian private law[12]

Act XVIII of 1791 was the first step towards the codification of the Hungarian *ius privatum*. It required a legal committee to prepare a draft civil code (*Proiectum nonnullarum utilium civilium legum*). The draft was ready in two years, but was printed only in 1826. Neither its structure, nor its content reflected the impact of Roman law, and it could not be called a draft code in the true sense of the word. The *Code civil* could not be received in Hungary by a natural process, though László Szalay thought it to be an ideal model for a Hungarian codification. Political developments also prevented the second attempt at codification that was envisaged by Act XV of 1848.

The Austrian General Civil Code (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Österreichischen Erbländer*, *ABGB*) was enforced in Hungary and Transylvania (Siebenbürgen in German) in 1853, so codification was out of the question until the Austro-Hungarian Compromise (*Ausgleich* in German, *Kiegyezés* in Hungarian) of 1867. The general part of the General Code of Private Law (1871) was prepared by the Romanist Pál Hoffmann and modelled on the Saxon Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*) of 1863, reflecting primarily the influence of Georg Friedrich Puchta (1798-1846). This code was virtually a codification of all Pandectist doctrines. The draft law of succession by István Teleszky (1836-1899) of 1882 in both its structure and its theoretical basis stemmed from the Saxon Civil Code, which in turn relied on the Saxon law of succession and its institutions. István Apáthy's (1829-1889) Draft Law of Obligations of 1882, influenced by the Draft Law of Obligations for the German States (*Dresdner Entwurf*) of 1866, that prepared the way for the future *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*), followed Savigny's theory of consensus concerning legal transactions (*Rechtsgeschäftslehre*), similar to Hoffmann's approach. The same applies to the draft of the general part by Elek Győry (1841-1902) prepared in 1880. The impact of the Pandectist School is not so marked in the partial draft of the law of things by Endre Halmossy (1882) nor in the draft concerning matrimonial law, the law of persons, and property law by Benő Zsögöd (*alias* Béni Grosschmid, 1852-1938).

The idea of a comprehensive civil code gained ground from 1895 onwards. One of its most consistent advocates was Gusztáv Szászy-Schwarz, who wished to base the codification of Hungarian civil law on Roman law.

The 1900 draft, whose structure and institutions resemble those of the German *BGB*, discarded the idea of partial codification. It consisted of four parts (the law of persons and

12 R. Dell'Adami, *Az anyagi magánjog codificatiója. I A nemzeti eredet problémája* (The Codification of Private Law. I: The Problem of our Nation's Origin), vol. 1 (Budapest, 1877) and idem, Magánjogi codificatiónk és régi jogunk, vol. 1 (The Codification of Our Private Law and Our Ancient Law), (Budapest, 1885); A. Meszlény, *Magánjogpolitikai tanulmányok különös tekintettel a magyar általános polgári törvénykönyv tervezetére* (Studies on the Policy Concerning Private Law with Special Regard to the Draft of the General Hungarian Civil Code), (Budapest, 1901); G. Szászy-Schwarz, *A magánjogi törvénykönyvről. Tanulmányok és bírálatok* (On the Civil Code. Analysis and Criticisms), (Budapest, 1909); F. Mádl, *Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus*, Die Entwicklung des Zivilrechts in Europa (Budapest, 1970); A. Csizmadia, *Ungarische zivilrechtliche Kodifikationsbestrebungen im Reformzeitalter*, Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, vol. VI (Budapest, 1974).

family, the law of obligations, the law of things, and the law of succession) but had no general section. Its first few titles concerned the law of obligations. With regard to legal transactions (*Rechtsgeschäfte*), it followed the theory of declaration (*Erklärungstheorie*). The impact of the German *BGB* was more noticeable in the next private-law draft of 1913, which was shorter and like the former one, had no general section.

The Draft Civil Code of 1928 (*Magánjogi Törvényjavaslat* in Hungarian), considered by the courts as a *ratio scripta*, and in the drafting of which Béla Szászy (1865-1931) played an outstanding part, reflected the strong influence of the Swiss *Zivilgesetzbuch* (*ZGB*) of 1907 and *Obligationenrecht* (*OR*) of 1881 (revised in 1907).[13]

6. Outstanding Roman-law specialists (Romanists) in Hungary in the nineteenth and twentieth centuries[14]

Roman law has been taught at Hungarian universities ever since the establishment of the faculty of law at the University of Nagyszombat (Tyrnau in German, now Trnava in Slovakia) in 1667. The first professor of Roman law at the University of Nagyszombat was Ádám Takács (Textor). The first surviving scholarly writings on the subject were by Ernő Frigyes Someting during whose professorship (1691-1695) the first open disputations on Roman law were held. Between 1733 and 1749 important contributions were written by János József Rendek, the author of the oldest Roman-law textbook in Hungary, published in 1734. For a long time education at Nagyszombat (after 1777 in Buda and finally in Pest) was based on commentaries on the *Institutiones* and the *Digesta* of Justinian by foreign authors. Mihály Szibenliszt, professor in Pest, published a textbook of a high standard in 1829 (*Institutiones iuris privati Romani*), comparable to ones written in other parts of Europe.

The first Roman-law textbook in the Hungarian language by János Henfner (1799-1856) professor at the University of Pest, with the title *Római magánjog* (Roman Private Law) was published in 1855-1856 in three volumes.

The first professor teaching Roman law at the Western European level was Pál Hoffmann (1830-1907), a follower of Friedrich Carl von Savigny, with his 'school of

13 It is quite enlightening to consider the influence of the Pandectist School on strict liability. Based on the German *BGB*, though not on its literal translation, the draft Hungarian civil code of 1900 regulated liability on the basis of fault (*culpa*). Section 1486 of the draft of 1913 (based on the first draft (*Erster Entwurf*) of the *BGB* of 1887) mentioned damages on an objective basis. The famous § 1737 of the Draft Civil Code (*Magánjogi Törvényjavaslat*, abbreviated *Mtj*.) of 1928, regulating responsibility on the basis of equity (*Billigkeitshaftung* in German), followed the second draft (*Zweiter Entwurf*) of the *BGB*, however indirectly, making liability for damages on an objective basis possible in a subsidiary regulation.

14 M. Móra, *Über den Unterricht des römischen Rechts in Ungarn in den letzten hundert Jahren*, Revue Internationale des Droits de l'Antiquité 11 (1964); E. Pólay, *A római jog oktatása a két világháború között Magyarországon (1920-44)* (Teaching of Roman Law in Hungary Between the Two World Wars, 1920-44), (Szeged, 1972); G. Hamza, *A római jog oktatásának és művelésének történetéhez egyetemünkön* (To the History of the Teaching and Study of Roman Law at Our University), Acta Facultatis Politico-Iuridicae Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös nominatae, Budapest 26 (1984).

legal thinking'. In the second half of the nineteenth century Roman law was taught in two parts, an 'institutions course' (*Institutionenkursus*) giving the history and a short summary of Roman law, and a 'pandects course' (*Pandektenkursus*).

The textbook of Alajos Bozóky (1842-1919), professor at the Academy of Law at Nagyvárad (Grosswardein in German, now Oradea in Romania), followed the nineteenth-century system of teaching Roman law, dealing with institutions and pandects separately. Some Romanists, like Pál Hoffmann from Budapest and Lajos Farkas (1841-1921) from Kolozsvár (Klausenburg in German, now Cluj-Napoca in Romanian) – both of whom were followers of Savigny – emphasised the importance of legal history. Others like Gusztáv Szászy-Schwarz from Budapest and Mór Kiss (1857-1945) from Kolozsvár, the followers of Rudolf von Jhering, approached Roman law according to the modern theory of the pandects, as distinct from the German Pandectist School, thus bringing Justinian's codification nearer to everyday practice. Tamás Vécsey (1839-1912), professor at the University of Budapest, took an approach that was between these two trends. The unfortunately unfinished book of Károly Helle (1870-1920) helped students become acquainted with the sources of Roman law.[15]

After World War I, the institutions and pandects were no longer taught together – only the former were taught. The same happened in the relevant jurisprudence. Géza Marton (1880-1957), an outstanding expert on civil law responsibility, who was well known all over Europe, took a 'historical-modernist' approach to teaching the dogmatics of Roman law. His textbook served as a basis for teaching Roman law at almost all Hungarian universities and academies of law for four decades. Kálmán Személyi (1884-1946), the renowned expert on the critique of interpolations (*Interpolationenkritik* in German), was professor at Szeged and at Kolozsvár.

In the years before World War II, professors of Roman law were the following: Albert Kiss (1873-1937), Nándor Óriás (1886-1992), Zoltán Pázmány (1869-1948), Márton Szentmiklósi (Kajuch) (1862-1932), and Zoltán Sztehlo (1889-1975). Pázmány and Sztehlo also taught juristic papyrology, as did Géza Kiss (1882-1970), who was professor of Roman law at Nagyvárad in the years prior to World War I and later at Debrecen, and András Bertalan Schwarz (1886-1953), professor in Zurich, Freiburg in Breisgau, and Istanbul.[16]

Outstanding Roman-law scholars in Hungary after World War II were Károly Visky (1908-1984), Róbert Brósz (1915-1994), Elemér Pólay (1915-1988), Ferenc Benedek (1926-2007) and György Diósdi (1934-1973).[17]

15 For Pál Hoffmann and Tamás Vécsey, see G. Hamza, cit., Jogtudományi Közlöny 35 (1980) and idem, *Emlékezés Vécsey Tamásra, a nemzetközi hírű jogtudósra* (Commemoration of Tamás Vécsey, the Legal Scholar of European Reputation), Jogtudományi Közlöny 40 (1985).

16 For Géza Marton, see G. Hamza, ed., *Tanítványok Marton Gézáról* (Pupils Remember Géza Marton), (Budapest, 1981); for Nándor Óriás, see Gy. Gátos, *In memoriam Óriás Nándor* (In Memoriam Nándor Óriás), Jogtudományi Közlöny 47 (1992); for András Bertalan Schwarz, see G. Hamza, *Schwarz András Bertalan emlékezete* (Commemoration of András Bertalan Schwarz), Jogtudományi Közlöny 34 (1979).

17 For Károly Visky, see G. Hamza, *Visky Károly (1908-1984)* (Károly Visky (1908-1984)), Jogtudományi Közlöny 39 (1984); for Róbert Brósz see A. Földi, ed., *Flosculi professori R. Brósz oblati*, (Budapest, 1990) and G. Hamza, *In memoriam Brósz Róbert (1915-1994)* (In Memoriam Róbert Brósz (1915-

Abstract

Although Hungary had close relations with the Byzantine Empire, the fact that King Stephen I (St. Stephen) (1000-1038) and his country adopted western Christianity made the penetration of Byzantine (Roman) law into Hungary impossible. Roman law had a direct influence in Hungary only during the age of the Glossators. The impact of Roman law was much less marked in the royal statutes and decrees, the *ius scriptum*. King Matthias made an attempt to codify Hungarian law by issuing Act VI of 1486 (*Decretum Maius*). The law-book of Chief Justice Stephanus Werbőczy (c. 1458-1541) systematising feudal customs in Latin, the language of administration of the kingdom of Hungary, was entitled *Tripartitum opus iuris consuetudinarii inclyti regni Hungariae.* It was never promulgated, so never formally became a source of law but nevertheless it became authoritative. Containing feudal private law, and usually applying Roman law only formally, it became 'the Bible of the nobility' for the following three centuries. The first attempt to codify private law in Hungary was made in the last decade of the eighteenth century. The Diet of l790-1791 set up a legal committee to prepare the necessary reforms. The idea of a comprehensive Hungarian civil code gained ground from 1895 onwards. One of its most consistent advocates was Gusztáv Szászy-Schwarz, who wished Roman law to form the basis of a codification of civil law in Hungary. The Draft Civil Code of 1928, considered by the courts as *ratio scripta* (until the Civil Code of 1959 came into operation) reflected the strong impact of the Swiss *Zivilgesetzbuch* of 1907 and *Obligationenrecht* of 1881.

1994), Jogtudományi Közlöny 49 (1994); for Elemér Pólay and György Diósdi see G. Hamza, *In memoriam Elemér Pólay (1915-1988)*, Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Iuridica, Budapest 32 (1991) and idem, *Emlékezés Diósdi Györgyre, a hazai jogtudomány európai hírű művelőjére* (Commemoration of György Diósdi, the Renowned Scholar of the Hungarian Legal Science), Jogtudományi Közlöny 39 (1984).

CODEX 8 26(27) 1: THE FORGOTTEN TEXT

L. Hawthorne*

1. Introduction

Since the demise of the *exceptio doli generalis* in *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas* (hereafter the *Bank of Lisbon* case),[1] South African contract lawyers have debated the possibility of exploring other avenues in order to protect contracting parties against the enforcement of unfair contracts or terms. The debate has vacillated between several possibilities, one being the possible recognition of the open norms of good faith or public policy as the general clause to ameliorate unfair terms. In this category, public policy has been given Constitutional Court approval[2] and the slow process of concretisation is under way. The other stream is dominated by the legislature, which has seen fit to promulgate several pieces of legislation aimed at protecting contracting parties. Since 1998, the Protection against Illegal Eviction Act,[3] the National Credit Act[4] and the Consumer Protection Act[5] have been accepted. Protection for weak parties locked into unfair contracts is thus available and developing.

In a recent publication, Thomas[6] dealt with the *stare-decisis*[7] rule, which originates in English law, the *curia jus novit*[8] rule originating in the European civil law, and their

1 1988 (3) SA 580 (AD).

2 *Barkhuizen v Napier* 2007 (3) SA 323 (CC) [par 27-par 30].

3 19 of 1998.

4 34 of 2005.

5 68 of 2008.

6 Ph J Thomas "Die resepsie van die Romeinse reg in die Suid-Afrikaanse regstelsel: *stare decisis* en *curia ius novit"* (2012) 9(3) *LitNet Akademies* 237-253.

7 GR Dolezalek *"Stare Decisis" Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12th-20th Century)* (University of Cape Town, Cape Town, 1989) *passim.*

8 This rule pertains to a judge's obligation to find and apply the law ex officio and is part of the inquisitorial system of procedure; Art 1 Zivilgesetzbuch (Switzerland); art 9 Wet op de rechterlijke organisatie (Netherlands); § 293 Zivil Process Ordnung. I Meier Iura novit curia (Zurich, 1975) at 1; Crommelin "Ius curia novit" available at https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream//handle/…./02_05.pdf? (accessed 5 Oct 2013) at 61f; Douglas Brooker Va Savoir! – The Adage "Jura Novit

* Professor, Department of Private Law, University of South Africa.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 394-402

impact on South African legal development. Thomas draws attention to two cases, which for purposes of his argument respectively signify the end of the early and late reception of Roman law in South Africa. Both cases, *Brink's Trustees v South African Bank* (hereafter *Brink's Trustees* case)[9] and the *Bank of Lisbon* case, concern banks, securities provided for loans to these banks, and the *exceptio doli*. With hindsight, it is possible to construct an argument that part of the *exceptio doli* should have been retained. Thus the present essay proposes to revisit these two cases in order to construct another castle in the air. In the case of *Brink's Trustees*, both parties relied on a source that could have played a role in the *Bank of Lisbon* case and might have prevented the general abrogation of the *exceptio doli*.

I dedicate this paper to my friend and esteemed colleague Laurens Winkel, who has shown a keen interest in the *Bank of Lisbon* case. I hope that he enjoys my narrative of what might have been had the *exceptio doli generalis* been retained as an equitable remedy in South African law.

2. *Brink's Trustees v South African Bank*

The facts of this 1847 case are pedestrian. Brink had borrowed six hundred pounds from the South African Bank and as security had pledged a mortgage bond of one thousand pounds in his favour.[10] A while later Brink went insolvent.[11] His trustees offered the bank payment of the six hundred pounds plus interest in return for the mortgage bond. The bank refused the offer, arguing that Brink had other debts to the bank, albeit unsecured, which he had incurred both before and after the secured debt; the bank insisted that these debts also had to be repaid before the pledged thing would be returned.[12] The bank contended that it was entitled to retain the *superfluum* of the mortgage bond to pay for these other debts plus interest. Brink denied that he had entered into any agreement with the bank concerning the pledge of the bond as security for any of his other debts to the bank.[13]

Both parties relied on Codex 8 26(27) 1. Imp. Gordianus A. Festo. 2:

> *Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. 3. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. (a 239)*.[14]

Curia" in Contemporary France (2005) http://law.bepress.com/expresso/eps/845 (accessed 3 Oct 2013).

9 (1882) 2 Menzies part 3 at 399-403.

10 Menzies (n 9) at 399.

11 *Idem* at 400.

12 *Ibid*.

13 Menzies (n 9) at 401.

14 "And if you were put in possession, you are not compelled to give it up on the plea of fraud, unless also the money due to you without security is repaid or offered to you. For you rightly contend that debtors who only return the money for which the pledge was given ought not to be heard unless

It was successfully argued for the plaintiffs[15] that, although this text granted the bank a *jus retentionis* against Brink in respect of all his debts to it, the right of retention was limited to Brink himself. Consequently, in terms of this text the bank was entitled to keep the pledge until the debtor had paid not only the amount of the debt for which the bond had been pledged, *but also all other debts due by him to the bank* (my emphasis).[16] However, this retention right could not be exercised against Brink's creditors after his insolvency.[17] This distinction, namely that the bank could enforce the retention right against the pledgor, but not against the latter's creditors after his insolvency, is explained by the legal remedy available to realise the retention right, namely the *exceptio doli mali*.[18] In order to exercise a retention right, the holder of the right must raise the *exceptio doli* as a defence against a claim for the pledged thing.[19] Without remedy, no right, thus if the holder cannot raise the *exceptio doli* the retention right cannot be exercised. The *exceptio doli* made provision for two situations, *si in ea re nihil doli mali Ai. Ai. factum sit neque fiat*.[20] In the situation under discussion the second scenario applied, namely that the plaintiff was acting in conflict with the requirements of good faith by instituting his action. Thus, this defence would succeed against Brink if he sued for the return of the pledge on mere payment of the secured debt, while refusing to pay his other debts to the bank. Conversely, the exception could not be raised against the insolvent debtor's other creditors when these claimed that the pledge should be surrendered to the general body of creditors on payment of the secured debt, since they were not instituting their claim in bad faith. The debtor's insolvency had divested him of his estate and vested it in the general body of creditors represented by the trustees.[21] In consequence, the trustees were

they also pay the money received on a simple loan" (translation Blume). M Kaser *Das römische Privatrecht* (München, 1971) at 538 speaks of "*das gordianische Retentionrecht*"; see, also, at 538 n 17.

15 Menzies (n 9) at 401. The Attorney General William Porter acted for the plaintiffs. According to Thomas (n 6) at 241, he was allowed to practise privately while holding public office.

16 Menzies (n 9) at 401; R Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town, 1990) at 229.

17 Menzies (n 9) at 401.

18 C 8 26(27) 1 2; J Story *Commentaries on the Law of Bailments* (Cambridge, 1832) at 304-306; Kaser (n 14) at 521-522; Zimmermann (n 16) at 229.

19 Kaser (n 14) at 436: "eine Zurückbehaltungsrecht, das er mittels exceptio doli gegenüber der Vindikation geltend macht"; DH van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (Durban, 1977) at 156ff and 352.

20 Kaser (n 14) at 488; R Zimmermann "Good faith and equity" in R Zimmermann & D Visser (eds) *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa* (Oxford, 1996) 217-260 at 218 explains: "*Factum est* referred to fraudulent behaviour in the institution of the action (against which the exception was now raised), particularly in the act of concluding the contract. *Fiat*, on the other hand, comprised all cases where the bringing of the action itself could be taken to constitute *dolus*."

21 Menzies (n 9) at 401-402. The following sources are cited there: "*Burton on Insolvent Law*, *p*. 145, 146; *Van der Keessel*, *Thes*. 435 *and* 450; *Van Leeuwen*, *Cens*. *For*., *lib*. 4, *tit*. 87, §§ 1 *and* 2; *Voet*, 13, 6, 10; 16, 2, 15; 20, 6, 16; 41, 1, 42; *Carpzovius*, *Const*., 40, *defn*. 3; *Cujacius on the Code*, *lib*. 8, *tit*. 27, *p*. 1,114, 1,115; *Faber*, *lib*. 8, *tit*. 16, *defn*. 4; *Grotius*, *Inleid*., 3, 19, § 16; *Storey on Bailments*, § 305; *Kent's Commentaries*, *vol*. 2, *p*. 584; *Adams vs. Claxton*, 6 *Ves. Junr*.; *Henley on Bankruptcy*, *p*. 294; *Cooke on Mortgages*, *p*. 491; *Smith's Merc. Law*, *p*. 461; *Stair's Instit*., *b*. 3, *tit*. 4, § 23; *Bell's Comment*, *vol*. 1, *p*. 684; 2nd, *p*. 22."

entitled to institute the *actio pigneraticia* or the *rei vindicatio* in order to demand the return of the pledge.

For the defendant it was argued that, correctly construed, Codex 8 26(27) 1 granted the retention right not only against the debtor himself, but also against all persons deriving any right from him or through him.[22] Consequently, this right of retention could be exercised against all the debtor's personal creditors except a *secundus creditor hypothecarius*, a posterior creditor in whose favour a second mortgage had been constituted over the object pledged by the first creditor.[23] The reason for this conclusion was that the second creditor had thus acquired a real right in the thing pledged. Because of this right, he (the second creditor) had a preferential claim over the personal debts of the debtor. It was also argued that this *secundus creditor hypothecarius* was the only exception against whom the bank's retention right could not be enforced.[24] The court found for the plaintiffs.

3. The Gordian retention right

The legal question in the *Brink's Trustees* case was whether the pledgee had a retention right over the pledge in respect of other unsecured debts of the pledgor. Codex 8 26 (27) 1 provided a positive answer to this question. However, the subsidiary question, whether this retention right could be enforced against other parties than the pledgor, in this case against the general body of creditors of the insolvent debtor, was answered in the negative. This distinction stemmed from the character of the *exceptio doli*, a special defence against an action, which was based on the argument that either the plaintiff had acted dishonestly in contracting, or the institution of the claim was contrary to good faith. The trustees' argument that as representatives of the body of creditors they had not acted in bad faith in demanding the return of the pledged thing and that consequently the *exceptio doli* could not be raised as a defence against their claim was upheld by the court. It may be mentioned that Voet unequivocally supported this interpretation in his commentary on the Pandects.[25]

However, the rule embodied in Codex 8 26(27) 1, that the holder of the pledged object, the pledgee, could exercise a right of retention until his debtor had paid all outstanding

22 Menzies (n 9) at 402 according to which the advocates Brand and Watermeyer relied on the following sources: "*Pandects*, *lib*. 20, *tit*. 4, *1*. 20; *Van Leeuwen*, *Cens. For*., *lib*. 4, *tit*. 10, § 37; *Faber*, *lib*. 8, *tit*. 16, *defn*. 2; *Carpzovius*, *part* 2nd, *tit*. 25, *defn*. 25; *Christinaeus*, *vol*. 4, *decis*. 169; *Huber*, *Praelectiones*, *b*. 20, *tit*. *C*.; *Voet*, 13, 7, § 6; 16, 2, § 20; 42, 7, § 5; 20, 4, § 37; *Leyser*, *vols*. 3 *and* 4, §§ 175 *and* 231, *vol*. 7, *p*. 515 *and* 560; *Hollandsche Regt*. *Book*, *p*. 245, § 1, 205; *Grotius*, *Inleid*., *b*. 2, *part* 48; *Van der Linden*, *Inst*., *p*. 178; *Pothier on Pledges*, *cap*. 2, § 47; *Muhlenbruch*, *Doctrina Pandect*, 2nd *vol*., *p*. 208; *Burge*, *vol*. 3, *pp*. 286, 585; *Code Napoleon*, *art*. 2,082; *Mackeldey's Mod. Civ. Law*, *vol*. 1, *p*. 384; *Kent's Comment*., *vol*. 4, *p*. 176; *Storey's Equity Jurisprud*., *vol*. 2, *p*. 248, § 1,010; 270, § 1,034-5; *Zande's Decisions*, *b*. 3, *tit*. 10, *dec*. 7; *Van der Berg's Consult*., *vol*. 1, *com*. 36; *Praezius and Brunneman on the Code*, *b*. 8, *tit*. 27."

23 Menzies (n 9) at 402.

24 *Ibid*.

25 Johannes Voet *Commentarius ad pandectas* (tr P Gane *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects* vol 3, Durban, 1956) 20 6 16: "Resoluto autem jure pignoris quod semel ab initio jure constitit vel postea firmatum fuit, creditor illud adhuc retinere potest pro alio debito chirographico, si modo ipse debitor, non alius creditor hypothecarius, pignus repetat."

debts to him whether secured or not, and that this retention right arose when the pledgee raised the *exceptio doli* to ward off a claim demanding release of the pledge, was firmly settled as precedent in the law of the Cape Colony. Wille and Millin[26] stated that this had also become settled law in the Union, and referred to both *Brink's Trustees* and *Smith v Farrelly's Trustee*[27] in support of the view that a pledgee had the right to retain the pledged property in respect of another liquid debt due whilst the pledge remained in force.

Because remedies precede rights, it may be asserted that without access to the remedy of *exceptio doli* no retention right can be exercised. However, when the death sentence was imposed on the *exceptio doli*, neither bar nor bench mentioned Codex 8 26(27) 1, Voet 20 6 16, or the precedents of *Brink's Trustees* and *Smith v Farrelly's Trustees*.

4. *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas*[28]

The facts of this case are well known and a brief summary will suffice. In 1981, the De Ornelas Fishing Company obtained overdraft facilities from the Bank of Lisbon. The bank demanded that both De Ornelas brothers mortgage their homes in favour of the Bank. They were also obliged to bind themselves as sureties to the Bank to secure their company's debt under the overdraft. At a later stage, a negotiable certificate of deposit was also handed over to the Bank as additional security.[29] It was the intention of all the parties that the security would cover the company's overdraft. However, both the bonds and the deeds of suretyship were drafted in the widest possible terms to provide security for any debt that the company owed the appellant, irrespective of how the debt arose. When, a few years later, the Bank refused to extend the overdraft, the company paid off the outstanding balance of the overdraft and closed its account with the bank.[30] The De Ornelas brothers then requested the cancellation of the mortgage bonds and deeds of suretyship and the return of the negotiable certificate of deposit. The bank refused to return or cancel the securities held to secure the overdraft facilities until the outcome of an action that the bank intended to institute against the company for damages resulting from an alleged breach of contract.[31] This claim arose from a transaction for the forward purchase of dollars, which was apparently not within the contemplation of any of the parties when the security was furnished.

At first glance the similarities between the *Bank of Lisbon* case and the *Brink's Trustees* case are striking. In both instances, a bank lent money to a client against security; in both cases, the secured debt was paid off, but the bank refused to return the pledges, arguing that other unsecured debts were outstanding. In *Brink's* case, the bank relied on the *exceptio doli*, which defence did not succeed, however, since Brink had gone insolvent and his estate had vested in the general body of the creditors represented by the trustees.

26 P Millin *Wille and Millin's Mercantile Law of South Africa* (Johannesburg, 1975) at 317.

27 1904 TS 949.

28 1988 (3) SA 580 (AD).

29 *Idem* at 607F-G.

30 *Idem* at 607I.

31 *Idem* 608A.

However, in the case of the De Ornelas brothers there had been no insolvency and the pledgors themselves claimed return of the pledges.

The De Ornelas brothers applied in the Cape of Good Hope Provincial Division of the Supreme Court for an order compelling the bank to cancel the deeds of suretyship and the mortgage bonds and to return the negotiable certificate of deposit. The bank opposed this application on the ground that it was contractually entitled to retain the securities until the company had discharged its entire indebtedness to the bank.[32] The respondents alleged by way of replication that the bank's conduct amounted to *dolus generalis*.[33] The court *a quo* upheld the application, against which judgement the bank appealed.[34]

At this stage, one may ask why the bank did not resort to the *exceptio doli* in opposing the application. Codex 8 26 (27) 1, Voet 20 6 16, *Brink's Trustees* and *Smith v Farrelly's Trustees* all provided authority for the contention that the pledgee had a retention right over the pledge in respect of the pledgor's other unsecured debts. In order to exercise this retention right, the holder of a right must raise the *exceptio doli* as a defence against a claim for the pledged thing. In the *Bank of Lisbon* case it could be argued that when the brothers instituted an action for the return of the pledges on payment of the secured debt only, while refusing to pay their other debts to the bank, they were not complying with the requirements of good faith. However, the bank (the appellant) opposed the application on the ground that it was contractually entitled to retain the securities until the respondent's entire indebtedness to the bank had been discharged.[35] The pledgor's answer was that the bank's conduct amounted to *dolus generalis*.

On appeal, the bank argued that the De Ornelas brothers' application was based on the *replicatio doli* and that the *exceptio doli* no longer existed in modern law.[36] Even if it did, it would not apply to deeds of suretyship and mortgage bonds, which according to statute had to be in writing. Should the *exceptio doli* still exist, the facts of the case would fall outside the limits, scope and extent of the application.[37] For the De Ornelas brothers it was averred that the bank was attempting to use the securities for a purpose not intended by the parties when the contracts were concluded. Such an attempt to abuse a right would constitute unconscionable conduct and result in gross injustice or great

32 *Idem* at 608A-B.

33 *Idem* at 608F.

34 *Idem* at 607E.

35 *Idem* at 608A-B.

36 *Idem* at 608F-G.

37 *Idem* at 582C-E. The authorities relied on were cited there as: "*Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 1 SA 514 (A); *Senekal v Home Sites (Pty) Ltd* 1950 1 SA 139 (W); *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T); *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* 1962 3 SA 399 (T); *Hauptfleish v Caledon District Council* 1963 4 SA 53 (C); *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T); *OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1973 2SA (281) (C); *Rashid v Durban City Council* 1975 3 SA 920 (D); *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund* 1976 3 SA (A); *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd* 1977 2 SA 436 (T); 1977 2 SA 425 (A); *Novick v Comair Holdings Ltd* 1979 2 SA 116 (W); *Rand Bank Ltd v Rubenstein* 1981 2 SA 207(W); *Neuhoff v New York Timbers* 1981 4 SA 666 (T); *Edwards v Tuckers Land & Development Corporation (Pty) Ltd* 1983 1 SA 617 (W); Sohm R *Institutes of Roman law* (1892) 275-278."

inequity.[38] Counsel for the De Ornelas brothers also referred to the fact that the exception is a defence, but argued that there seems to be no reason why the remedy should not also be available to a plaintiff because the principle is the same.[39]

The majority of the Appellate Division held that the *exceptio doli* did not form part of South African law of contract.[40] Consequently, the De Ornelas brothers did not have recourse to this remedy to ward off the bank's argument that it was contractually entitled to retain the securities until their entire indebtedness to the bank had been discharged. Thus the issue to be decided was whether or not the bank had a contractual right, derived from the deeds of suretyship and mortgage bonds, to retain the securities claimed until the outstanding debt for the forward purchase of dollars had been repaid.[41] The court found in favour of the bank, holding that the securities were intended to cover any transaction that could have arisen between the bank and the De Ornelas fishing company.[42]

As stated above, no reference to Codex 8 26(27) 1, Voet or the South African precedents is to be found. Furthermore, when the De Ornelas brothers sought the return of their pledges they were debarred from raising the *exceptio doli* on the basis that they were acting contrary to good faith towards their creditor because other unsecured debts remained unpaid. It is ironic that they should have relied on this defence in these circumstances.

5. Codex 8 26(27) 1: The two faces of the *exceptio doli*

It is trite that the *exceptio doli* served two purposes; and a distinction has been drawn between the *exceptio doli specialis* or *praeteriti* and the *exceptio doli generalis* or *praesentis*.[43] The court considered the first function of this special defence in the *Bank of Lisbon* case. However, the relevant Codex text dealt with the exercise of a retention right. This is not the place to discuss the question how Brink pledged a mortgage bond

38 (n 28) at 588E.

39 *Idem* at 589G. Authorities referred to were: "Aronstam *Consumer protection, freedom of contract and the law* 3rd ed (1979) 28-32, 39; Buckland (1963) *A textbook of Roman law* Cambridge University Press 654; Goudsmit *Pandecten systeem* Leiden Hazenberg 95; Kaser (1965) *Roman private law* (Dannenbring's translation) 33 IV 4 at 143-4; 33 III 2 at 155; Sohm 1892 para 53 at 275-81; Voet (Gane's translation) 44 4 1 and 2; *Viljoen v Hillier* 1904 TS 312; *Waterval Gold Mining Co v New Bullion Gold Mining Co* 1905 TS 717; *Farrar and Others v Geldenhuys Gold Mining Co* 1908 TH 16; *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282; *Sampson v Union & Rhodesia Wholesale Ltd (in Liquidation)* 1929 AD 468; *Schwarzer v John Roderick's Motors (Pty) Ltd* 1940 OPD 170; *Senekal v Home Sites* 1950 1 SA 139 (W); *Zuurbekom*; *Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 932; *Sette v DH Saker (Pty) Ltd* 1957 2 SA 87; *North Vaal*; *Hauptfleish*; *Otto*; *OK Bazaars*; *Rashid*; *Quadrangle Investments Ltd v Witind Holdings Ltd* 1975 1 SA 572 (A); *Rashid*; *Paddock*; *Aris*; *Novick; Edwards*; *Neuhoff*; *Sonday v Surrey Estate Meat Market* 1983 (2) SA 521 (C); *Dithaba Platinum v Erconovaal Ltd* 1985 4 SA 615."

40 (n 28) at 605I.

41 *Idem* at 608G-H.

42 *Idem* at 609E-G.

43 Van Zyl (n 19) at 352 n 410.

of one thousand pounds in favour of himself,[44] nor the argument that the *exceptio doli* would not apply to deeds of suretyship and mortgage bonds that by statute must be in writing. The second function of the *exceptio doli* has mainly been the implementation of retention rights.[45] Codex 8 26(27) 1 granted a creditor a retention right in respect of the pledgor's unsecured debt. Abolition of the *exceptio doli in toto* without addressing the dual function of this remedy was a drastic step, especially in view of the circumstances of the particular case. Applied to the facts of the *Bank of Lisbon* case, this text granted the Bank of Lisbon a *jus retentionis* over the pledges, namely the deeds of suretyship, mortgage bonds and negotiable certificate of deposit furnished to secure the overdraft facilities, in respect of the unsecured debts, *in casu* the loan to forward purchase dollars.

6. Conclusion

The adagium "no remedy, no right" applied in both Roman law and the English common law. The question may be asked: what is a right without a remedy? The *exceptio doli* as the defence necessary to exercise retention rights has formed part of the South African common law. Thus, the *Bank of Lisbon* decision has two consequences. Firstly, the Gordian retention right was abolished and secondly, although the *exceptio doli* was not abolished, it was held that it had never formed part of South African law. This places the retention rights realised by this remedy into question. Thus the decision in *Lisbon* is regrettable on two counts. Firstly, the *exceptio doli* should have been raised by the bank and not by the pledgors; and secondly, because the existence of the *exceptio doli* was denied, retention rights are left up in the air. It is difficult to comprehend why the court denied the existence of the *exceptio doli* in South African law, when this was in reality the remedy that enabled the bank to retain and exercise its *jus retentionis* against the respondents' claims that their pledges be surrendered.

44 It is trite law that a pledge is a limited real right of security in a movable asset, constituted by delivery of the asset to the creditor to secure fulfilment of a principal obligation agreed to between the creditor and the debtor or a third person. However, the identification of incorporeal rights embodied in negotiable instruments with the paper on which they are recorded, means that pledge of such instruments results in these rights forming part of the security of the pledge, in contrast with rights flowing from pledge of title deeds, mortgage bonds or written contracts in general. *Cf* CG van der Merwe & A Pope "Real security" in F du Bois (ed) *Wille's Principles of South African Law* (Johannesburg, 2007) 630-665 at 643ff, esp 645; FR Malan "Share certificates, money and negotiability" (1977) 94 *SALJ* 245-256 at 245; *Venter v Crooks* 1912 CPD 41; *Lief v Dettmann* 1964 (2) SA 252 (A). It is accepted on judicial authority that movable incorporeal assets may form the subject matter of a pledge: see CG van der Merwe *Sakereg* (Durban, 1989) at 673ff; G Lubbe (rev TJ Scott) "Mortgage and pledge" in *The Law of South Africa* first re-issue vol 17 (Durban, 2008) at 369; JC de Wet & A van Wyk *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* (Durban, 1993) at 415-424; *Robb v Standard Bank Ltd* 1979 (2) SA 420 (R); *North Coast Plastic & Packaging Industry (Pty) Ltd v Haynes Industries (Pty) Ltd* 1981 (1) SA 913 (A) at 917.

45 Van Zyl (n 19) at 352.

Abstract

In C 8 26(27) 1 Emperor Gordianus decreed that the pledgee's retention right over the pledged thing applied to both the secured and unsecured debts of the pledgor. This retention right was enforced by the *exceptio doli.* If the pledgor should claim for return of the pledge after payment of the secured debt, but other unsecured debts were outstanding, the pledgee could raise the *exceptio doli* until the latter debts had been paid. Voet shows that this rule was received in Roman-Dutch law. It was also adopted in the law of the Cape Colony and in the Transvaal. However, in the *Bank of Lisbon* case, no mention was made of the Codex text, Voet, the Cape law nor *Smith v Farrelly's Trustee*; and it is submitted that abrogation of the *exceptio doli* effectively abolished the pledgee's retention right.

DAS RÖMISCHE RECHT IN LEHRBÜCHERN DES 17. UND 18. JAHRHUNDERTS IN DEN NIEDERLANDEN

Viola Heutger*

1. Einleitung

In den vergangen Jahren wurden in Europa wiederholt die Studienpläne der einzelnen Universitäten angepasst. Immer wieder stellt sich die Frage, was nun eine geeignete Methode ist, um Studenten juristische Kenntnisse zu vermitteln und welches Material für die Vermittlung von Rechtskenntnis dabei eingesetzt werden soll.[1] Seit Generationen denken Lehrende und Studierende darüber nach, wie Lehrstoff am besten aufbereitet und vermittelt werden soll.[2] Damals wie heute wurden Universitäten neu gegründet und Studierende brauchten Lehr- und Textbücher. Dieser Beitrag möchte exemplarisch eine Antwort bieten auf die Frage, welches gedruckte Lehrmaterial für den juristischen Unterricht im 17. und 18. Jahrhundert in Holland zur Verfügung stand und wie der Lehrstoff damals aufbereitet und vermittelt wurde.

Es kam vor, dass bekannte Juristen für ihre Kinder zur Einführung in die Materie des Rechts ein Buch geschrieben haben. So entstand zum Beispiel die *Inleydinge tot de Hollantsche Regts-geleertheit* von Grotius rund um das Jahr 1620 während seiner Gefangenschaft in Loevestein. Grotius widmete dieses Buch seinen Kindern.[3] Der

1 Diese Frage wurde wiederholt gestellt bei der Summer School on European Private Law in Salzburg, welche von Prof. Michael J. Rainer und Prof. Johanna Filip-Fröschl geleitet wird. Seit dem Gründungsjahr 2000 lehrt Laurens Winkel dort. Bei dieser Summer School erhalten Studenten aus der ganzen Welt eine Einführung in die verschiedenen europäischen Rechtssysteme.

2 Eine sehr gute allgemeine Übersicht zu diesem Thema bietet Karl Heinz Burmeister, *Das Studium der Rechte*, Guido Pressler Verlag, Wiesbaden, 1974

3 So schreibt er in einem Brief: „Mijne lieve Kinderen!... Ook dit boek, dat ik u nalaat, inhoudende eene onderregting van de regten die in Holland te pas komen. … Uw genegen Vader Hugo de Groot.“ Der vollständige Brief ist abgedruckt in Hugo de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheid*, mit Anmerkungen von S.J. Fockema Andreae, 4. Auflage, Teil 1, bearbeitet von L.J. van Apeldoorn, Arnhem, 1939, S. XII-XIII.

* Privatdozentin, Lektorin Europäische Rechtsgeschichte und Methodenlehre, Türkisch-Deutsche Universität, Istanbul.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 403-411

Lehrstoff war für junge Studenten als Einführung in das Privatrecht der Provinz Holland gedacht und wurde erst einige Jahre später gedruckt.[4] Andere Väter wiederum fassten lateinische Lehrbücher auf niederländisch zusammen und versahen diese mit einem Register. Dies geschah mit dem in diesem Beitrag besprochenen Lehrbuch von Schotanus.[5]

An den niederländischen Universitäten arbeiteten die Studenten nicht nur mit den lateinischen und sehr vereinzelt griechischen Quellen. Neben den Quellen und den Vorlesungsmitschriften sowie Disputationen[6] gab es Lehr- und Studienbücher in Latein und der Volkssprache. Für der jungen Willem van Oranje wurde bereits im 16. Jahrhundert eine Übersetzung der *Institutionen* des *Corpus Iuris* ins Deutsche angefertigt mit dem lateinischen Originaltext daneben.[7] Ab dem 17. Jahrhundert wurden Lehrbücher mit farbigen Hervorhebungen, Fragen und Antworten sowie annotierte Ausgaben herausgegeben. Diese Lehrbücher waren zu ihrer Zeit sehr bekannt und sind über Jahrhunderte wieder aufgelegt, wurden allerdings fast nie in wissenschaftlichen Arbeiten zitiert, und sind daher beinah vergessen.[8] Diesen frühen Studienbüchern möchte sich dieser Beitrag nach einer kurzen Skizze der Universitätslandschaft im 16. bis 18. Jahrhundert in Holland widmen.

2. Die ersten Universitäten in Holland

Das universitäre Leben begann in Holland in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts. Die Universität Leiden wurde 1575 gegründet und weitere Universitäten folgten rasch.[9] Von Beginn an wurde Rechtswissenschaft gelehrt. Die Universität von Franeker war die zweitälteste Universität der Niederlande (1585 bis 1811). Im Jahr 1614 folgte die

4 Robert Feenstra, „De *inleidinge* van Hugo De Groot in het juridisch onderwijs van de zeventiende en achttiende eeuw, Aanvullingen op een studie over *dictata* van Johannes Voet en Gerlach Scheltinga", *Fundamina A Journal of Legal History Libellus ad Thomasium Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Philip J. Thomas*, Vol. 16, Issue 1, 2010, S. 90-98.

5 *Register van alle titulen en opschriften der Instituten, Pandecten en Codex, volgens het Examen juridicum van B. Schotanus*, Johannes Hasebroek, Leiden, 1740.

6 Zu den Disputationen aus dem 17. und 18. Jahrhundert der Universität Franeker siehe Robert Feenstra, „De Franeker juridische faculteit in nationaal en internationaal perspectief, Inleidende beschouwingen gevolgd door een studie over juridische onderwijsliteratuur sinds het midden van de zeventiende eeuw", in *Universiteit te Franeker, 1585-1811*, Fryske Akademy, Leeuwaarden, 1985, S. 289-304. Er bemerkt in seinem Beitrag bedauernd, dass der Rechtsgelehrte Schotanus seine produktive Phase erst nach seinem Abschied von Franeker gehabt hat, S. 289.

7 Die Übersetzung durch D. Iustinum Goblerum stammt von 1551. Sie wurde oft neu gedruckt. So z.B. als *Institutiones Imperiales Latino-Germanicae, Die vier Bücher Institutionum des Keysers Iustiniani*, Arnoldum Quentel, Köln, 1621.

8 Alan Watson weist auf Cornelius van Eck, Principia Juris Civilis (2e ed, 1694), der immerhin Scotanus zitiert. Siehe Alan Watson, „Aspects of reception of law", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 44, No. 2 (Spring, 1996), S. 336.

9 Zur Situation in Leiden liegt ein sehr lesenswertes Buch von Margreet Ahsmann vor. M. Ahsmann, *Collegia en colleges juridisch onderwijs aan de Leidse Universiteit 1575-1630 in het bijzonder het disputeren*, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1990. Übersetzt von Irene Sagel-Grande, *Collegium und Kolleg*, Vittorio Klostermann, Frankfurt-am-Main, 2000.

Gründung der Universität von Groningen und 1636 die Universität Utrecht. Zu den frühen Universitäten gehört auch jene von Harderwijk, die von 1648 bis 1811 bestand. Weitere Universitätsgründungen folgten dann erst wieder ab dem 19. Jahrhundert.

3. Die Quellen

Der Jurist arbeitet mit Quellen. Diese waren zur Zeit der Gründung der ersten Universitäten in Holland zunächst auf Latein und stammten zum großen Teil von Kaiser Justinian aus dem 6. Jahrhundert. Das ermöglichte einer breiten internationalen Studentenschaft den Zugang zum Studium. Allerdings wurde schnell der Wunsch laut das *Corpus Iuris* von Justinian nicht nur auf Latein lesen zu müssen. Bereits im 17. Und 18. Jahrhundert gab es daher Übersetzungen des Corpus Juris ins Niederländische. Als Lehrbuch eigneten sich die Institutionen von Justinian ganz besonders zum Studium und wurden schon früh übersetzt. Sie waren nicht nur Anfängerprogramm sondern wurden auch als Repetitionsprogramm an den Universitäten angeboten.[10] Niederländische und lateinische Versionen bestanden nebeneinander. Zwei davon sollen hier vorgestellt werden.

4. Institutionen

Eine sehr schöne Ausgabe erschien 1705 in Leiden unter dem Titel *De Regten van den Keizer Justiniaan in vier boeken*.[11] Der Herausgeber war Hendrik van Damme. Dieser widmet dieses Buch seinem Onkel Daniel van den Dalen. In seiner Widmung erinnert er an seine zwei verstorbenen Kinder und beschreibt dieses Buch als sein drittes, sein papiernes Kind. Es handelt sich um eine anonyme Übersetzung.[12] Der Übersetzer wird nur als N.N.R.G angegeben, welches für „N.N. Rechtsgeleerde", den anonymen Rechtsgelehrten steht. Spruit ist der Meinung, dass die Übersetzung von Cornelis Ortwijn stammt.[13] Im Vorwort „*Aan de Duitsche Klerken*", wird der Leser vom Übersetzer ermahnt, dass er ohne Kenntnis der *Institutionen* kein guter Jurist werden kann. Gegen diese Feststellung ließe sich nichts einwenden, dass der Stoff noch Regeln enthalte, wie zum Beispiel über die Sklaverei und die väterliche Macht, die in Holland nicht mehr anwendbar seien. Nach einem Register folgt eine kurze Liste mit Definitionen, um einige Wörter und vor allem Rechtsbegriffe näher zu erklären. Diese Definitionsliste ist sehr hilfreich, da einige lateinische Wörter anders in ihrer Übersetzung nur schwer zu identifizieren wären.

So ist die *actio utilis* übersetzt mit „*Actie volgelijk uit de woorden der Wet*". Die wichtigsten Ämter werden kurz beschrieben. Der *praetor* wird übersetzt mit

10 Zu ihrer Bedeutung siehe Jens Peter Meincke, „Die Institutionen Iustinians als Repetitionsprogramm", *JuristenZeitung*, 43. Jahrg., Nr. 23 (2. Dezember 1988), S. 1095-1102, besonders S. 1098.

11 Die Masse liegen bei etwa 13,5 x 8,5 x 2 cm.

12 Der volle Titel lautet *Justiniani imperatoris Institutiones sive Elementa Juris dat is de leringen of Beginzelen des Regts van den Keizer Justiniaan. Begrepen in vier boeken.* Übersetzt von N.N.R.G.; Vertrieben wurde das Buch durch Denrik van Damme, Boekverkoper in de Zonneveldsteeg te Leyden, 1705.

13 J.E. Spruit e.a., *Corpus Iuris Civilis, tekst en vertaling*, Walburgpers, Zutphen, 1993, I, S. XXIV.

„*Hoogrichter*“ und wie folgt definiert: „*was een Magistraatspersoon te Rome die zat over Gerigtszaaken wies magt zeer breed was: maar onder de Keizeren voornamelijk de latere, minder: hy gaf de Regteren, en wanneer hy zelve vonnisde wierd dat vonisse extraordinair genoemt. Zijn Ampt bestont in veele zaken, te lang om hier te verhalen*.“

Nach drei Seiten solcher Definitionen folgt bereits der übersetzte Text der *Institutionen*. Die Ausgabe zeichnet sich vor allem durch eine großzügige Einteilung der Seiten aus und deutliche und zahlreiche Überschriften und eine hervorragend zu lesende Schriftgröße. Das kleine Buch hat daher 516 Seiten nötig, um eine reine Übersetzung der Institutionen anzubieten.[14]

Natürlich arbeitete man nicht nur mit Übersetzungen. Eine rein lateinische Ausgabe der *Institutionen* in Verbindung mit weiterem Basiswissen erschien 1710 in Amsterdam bei Wetsteniana. Zuvor war sie bereits bei Elsevier mehrfach aufgelegt worden.[15] Gut gesetzt wurde der Inhalt der Institutionen auf 199 Seiten im Miniformat verteilt. Es handelt sich um eine Ausgabe im Hosentaschenformat, daher ist das Buch leicht und handlich. Im Anschluss an die Institutionen folgt ein Auszug zu „*de verborum significatione & regulis juris*“ aus dem fünfzigsten Buch der Digesten auf 60 Seiten.[16] Darauf folgt von Arnold Corvinus van Beldern[17] eine 55 Seiten umfassende alphabetische Aufbereitung dieser Definitionen und Regeln in gekürzter Form, die dann wiederum mit einer Verweisung nach der Durchnummerierung des vorherigen Teiles versehen sind.[18] Dieser letzte Teil eignet sich hervorragend als Repetitorium. Insgesamt zählt das Werk 315 Seiten. Es ist weit mehr als eine reine Institutionenausgabe. Es ist sowohl Nachschlagewerk als auch Studienbuch. Statt mit einer Inhaltsangabe beginnt das Büchlein mit einem Index. Dieser besteht aus einer vierseitigen alphabetisch sortierten Stichwortliste. Sehr anwendungsfreundlich wird dabei nicht nur auf die Fundstelle in den Institutionen verwiesen, sondern auch gleich die Seitenzahl angeboten.

Das besondere an dieser Ausgabe ist ihre Zweifarbigkeit. Alles, was dem Herausgeber in den Institutionen besonders wichtig erschien, wurde rot gedruckt und der Rest

14 Das Format ist 15 x 10 x 4 cm.

15 Mehrere Juristengenerationen arbeiteten mit den folgenden Ausgaben dieser Institutionen: *Institvtiones d. ivstiniani ss. princ., typis variae; rubis nucleum exhibentibus*, Ludovicum Elzevirium, Amstelodami, 1654; *Institutiones D. Justiniani SS. Princ., typis variae, rubris nucleum exhibentibus accesserunt ex digestis tituli de verborum significatione & regul. Juris*, Danielem Elzevirium, Amstelodami, 1664; *Institutiones D. Justiniani SS. princ. Typis variae; rubris nucleum exhibentibus. Accesserunt ex Digestis tituli de verborum significatione & regulis juris*, Danielem Elsevirium Amstelodami, 1676; *Institutiones sive elementa D. Justiani typis variae, rubris nucleum exhibentibus. Accesserunt ex Digestis tituli De verborum significatione & Regulis juris tum & iidem ordine alphabetico digesti*, Ex Officina Wetsteniana, Amstelaedami, 1710.

16 Dig. 50,16.

17 Arnold Corvinus van Beldern war vor allem bekannt für sein 1648 erschienenes und noch im 18. Jahrhundert gebräuchliches Lehrbuch des Kirchenrechts. Arnold Corvinus van Beldern, *Ius Canonicum, per Aphorismos strictim explicatum,* Elzevier, Amsterdam, 1651. Zuerst 1648 erschienenes, vielbenutztes und noch im 18. Jahrhundert gebräuchliches Lehrbuch des Kirchenrechts.

18 Hier unterlief dem Drucker einer kleiner Fehler. Es wird zweimal auf Dig. 50.16 verwiesen. Auf den Seiten 260 bis 291 fasst Corvinus von Belderen den Digestentitel 16 des 50. Buches zusammen und auf den Seiten 292-315 dann aber den 17. Titel des 50. Buches und nicht wie fälschlich angegeben den 16. Titel.

schwarz. Das ist besonders bemerkenswert, wenn man bedenkt, dass es noch keinen Zweifarbendruck gab und jede Farbe einzeln gedruckt wurde und die nächste Farbe dann in jeder Zeile und bei jedem Seitenrand genau anschließen musste. So liest sich zum Beispiel der erste Satz des elften Titels des 1. Buches der Institutionen im Zweifarbendruck (der hervorgehobene Text steht für den roten Textteil): „Non solum autem naturales *liberi*, secundum ea, quae diximus, *in potestate nostra sunt*: verum *etiam ii, quos adoptamus*". Die Kurzversion in rot besteht also aus: „*liberi, in potestate nostra sunt, etiam ii, quos adoptamus*". Eine Verkürzung um die Hälfte, statt achtzehn Wörtern nur noch neun und doch der volle Inhalt. Auf diese Art wurde der gesamte Text der Institutionen sorgfältig bearbeitet. Man könnte zum schnellen Studium folglich nur den roten Text lesen und bekäme dabei eine klare Übersicht über die wichtigsten Inhalte. Das Buch wirkt in seiner Aufmachung erstaunlich modern. Der rot-schwarze Druck, der geschickte Einsatz von Großbuchstaben sowie die Hervorhebung von Anfangsbuchstaben als auch die kursive Setzung der einsetzenden Wörter von Legaldefinitionen sowie die breiter als der übrige Text gesetzten Buchstaben der Überschriften bereiten dem Anwender Lesefreude. Trotz seiner Kompaktheit ist das Buch dank seiner hervorragenden Druckqualität und Seiteneinteilung sehr gut zu lesen. Aufmachung und Format laden ein, dieses Buch in die Tasche zu stecken und immer mal wieder hervorzuholen.

5. Lehrbücher

Damals wie heute lernten Studenten nicht nur mit den Quellen. Es gab nach der Gründung der ersten Universitäten in den Niederlanden schnell Lehrbücher. Die Universitäten gaben diese Lehrbücher einige Male sogar in Auftrag bei einem ihrer Professoren. Diesen wurde dafür eine Summe Geld versprochen. Eines dieser Auftragswerke soll hier besprochen werden.

Der Autor eines solchen Auftragswerkes ist Bernhard Schotanus (1598-1652). Zunächst war er selber Student in Franeker und Leiden. Ab 1624 lehrte er als Professor in Franeker. Einige Jahre später wurde am 26. März 1636 die Universität Utrecht gegründet und lockte mit einem finanziell lukrativen Angebot Schotanus bereits im Jahre 1635 als Professor der Rechte nach Utrecht. Dort übernahm er gleichzeitig das Gründungsrektorat und arbeitete an einem Lehrbuch, welches anschließend in vielen Auflagen erscheinen wird.[19] Es ist bekannt, dass Schotanus für sein „*Examen juridicum*" einen Zuschuss in der Höhe von 100 Reichtalern von der neu gegründete Universität empfing.[20]

Der volle Titel dieses Lehrbuchs lautet „*Examen juridicum annotationibus practicis adornatum*". Der Stich der Titelseite der Ausgabe von 1669 zeigt einen Professor in der Diskussion mit vier Studenten, die im Halbrund um einen Tisch sitzen, es wird der Eindruck geweckt, dass der Leser sich zu dieser Gruppe gesellen könnte. Im Hintergrund

19 Ernst Landsberg, „Schotanus, Bernhard", in: *Allgemeine Deutsche Biographie*, (1891), S. 390-391, online am 7. Juni 2014 unter http://www.deutsche-biographie.de/pnd117645915.html?anchor=adb.

20 Rob Welten, „Utrechtse Hoogleraren in De Rechten (1636-1815)", *Revue d'histoire du droit*, vol. 55 (1987), S. 86; Gerhard Wilhelm Kernkamp, „Acta et decreta Senatus: deel. Tot april 1674", *Werken van het Historisch Genootschap,* Kemink en Zoon, Utrecht, 1936, S. 133.

des Bildes ist durch eine Tür ein Hörsaal zu sehen, in dem gerade eine Vorlesung statt findet.

Das Werk besteht aus sieben Teilen, welche in der Ausgabe in meinem Besitz auf zwei Bände verteilt sind. Teil eins bis drei in einem Band und die Teile vier bis sieben in einem weiteren Band. Da es sich um Studienbücher handelte, hat man versucht das Buch klein und handlich zu halten und es deshalb wohl nicht in einem dickeren Band eingebunden. So wie es nun ist, hat es ein handliches Hosentaschenformat. Es wurde 1669 in Amsterdam durch Henricum und Theod. Boom herausgegeben.[21]

Genauso, wie das Titelbild ein Gespräch zwischen Professor und Studenten darstellt, so ist das gesamte Buch aus Fragen und Antworten aufgebaut. Auf jede Frage folgt die Antwort eines erfahrenen Juristen. Kurze Fragen und präzise Antworten zeichnen dieses Buch aus. Inhaltlich deckt es sich vor allem mit ausgewählten Teilen der Institutionen, den Digesten, wenigen Stellen aus dem Codex und anderen Rechtsquellen der Zeit. Das gesamte Werk ist auf Latein mit wenige niederländischen Einschüben, diese verweisen zumeist auf Schriften von holländischen Autoren oder holländische Gesetze. Ein Band soll hier näher besprochen werden.[22] Es geht um den ersten Band mit den Teilen eins bis drei, modern ausgedrückt behandeln diese einen allgemeinen Teil, etwas Personenrecht und eine Einführung ins Schuldrecht, es folgt das Prozessrecht inklusiv internationalem Prozessrecht sowie Hinweisen auf lokale Rechte von Studenten der Universität Leiden und der dritte Teil behandelt Probleme des Darlehens und der Leihe sowie den damit verbundenen Sorgfaltspflichten und dem Retentionsrecht und schließt ab mit dem Kaufrecht. Die ersten beiden Teile sind soweit möglich inhaltlich dicht an den Institutionen aufgebaut.

Es ist aber nicht nur ein Lehrbuch der Institutionen des historischen Rechts, sondern ein Kompendium des angewandten römischen Rechts. Den herrschenden Konfessionsunterschieden werden ebenfalls Fragen gewidmet. So wird z.B. erst genau ausgelegt, was unter kanonischem Recht zu verstehen ist und die wichtigsten Quellen bis 1580 aufgezählt, um dann eine Antwort auf die Frage zu formulieren, dass auch Reformierte das kanonische Recht kennen sollten.[23]

Im Text wird direkt auf lokales Recht verwiesen, wie zum Beispiel von Zeeland oder Friesland.[24] Das Werk bietet aber auch rechtsvergleichende Antworten, so z.B. zu den Unterschieden des Adoptionsrechts in den Nachbarländern.[25] Hartmannus, Grotius,

21 Das Format ist etwa 13,5 x 8,5 x 2,5 cm.

22 Bernhardi Scotani, *Examen juridicum annotationibus practicis adornatum*, Henricum et Theod. Boom, Amstelodami, 1669.

23 Das Reformierte dieses Recht sehr wohl kennen mussten, wird vielfach bestätigt, so z.B. zur Situation in Leiden. Siehe Margreet Ahsmann, „Teaching the ius hodiernum: legal education of advocates in the northern Netherlands (1575-1800)“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 65 (1997), S. 426: „As early as 1600 there was a request addressed to the University authorities by the librarian (Paulus Merula) on behalf of the law professors to buy a *Corpus iuris canonici* for the lecture room ‚because jus canonicum is often referred to in disputations‘.“

24 Bernhardi Scotani, *Examen juridicum annotationibus practicis adornatum*, Henricum und Theod. Boom, Amstelodami, 1669, S. 7.

25 Bernhardi Scotani, *Examen juridicum annotationibus practicis adornatum*, Henricum und Theod. Boom, Amstelodami, 1669, S. 44.

Bronkhorst, sie alle kommen in diesem kleinen Buch vor.[26] Das Buch in meinem Besitz weist Gebrauchspuren auf. So wurden Quellenverweise zugefügt und verbessert, einzelne Worte und zum Teil ganze Antworten wurden mit Tintenfeder unterstrichen. Das Interesse eines der früheren Eigentümer dieser Ausgabe galt vor allem Fragen und Antworten rund um die Aufgaben des Notars. So sind viele Unterstreichungen zum Thema Testament, Aufteilung der Erbschaft und zum Darlehensvertrag zu finden, aber auch zum Eid.

Das Büchlein erinnert an das Werk eines Repetitors, da es aus kleinen übersichtlichen Texthäppchen besteht. Auf 382 Seiten werden ausgewählte Themen für den lernbegierigen Studenten zur regionalen Anwendung aufbereitet. Schon zu Lebzeiten wurde Schotanus als Dozent und Verfasser seines Lehrbuch gelobt.[27] Feenstra vergleicht das *Examen juridicum* mit einer Art Katechismus.[28] Fast so zeitlos wurde es im Studium eingesetzt. Generationen von Juristen lernten mit dem *Examen juridicum*. In der Königlichen Bibliothek von Den Haag gibt es einen Druck aus dem Jahr 1711.[29] Zu dem Zeitpunkt war Schotanus schon fast sechzig Jahre tot. Sein Lehrbuch wurde aber auch danach noch eingesetzt und weiter bearbeitet. So wurde zum Beispiel 1740 noch ein Register auf niederländisch herausgegeben.[30] Sein Lehrbuch erschien außerdem in anderen Ländern.[31]

6. Würdigung

Abschließend ist festzustellen, dass ab der Gründung der Universitäten in Holland verschiedene Ideen über ein geeignetes Konzept zum Erlernen von Fachwissen bestanden. Die untersuchten Ausgaben zeichnen sich alle durch eine sorgfältige Bearbeitung und völlig unterschiedliche Ansätze aus. Der eine Verfasser arbeitet mit einer Aufbereitung des Themas in Form von Fragen und Antworten. Ein anderer verwendet verschiedene Farben zum Hervorheben der wichtigsten Textteile. Es werden aber auch alphabetisch sortierte Rechtsregeln und Definitionen angeboten, die wiederum in Verbindung mit

26 Bernhardi Scotani, *Examen juridicum annotationibus practicis adornatum*, Henricum und Theod. Boom, Amstelodami, 1669, S. 8, 10, 49.

27 „Meer en meer bevestigde hij zijn gunstigen naam als kundig en uitstekend docent; ook door de uitgave van een voor aankomende studenten zeer nuttig leerboek: Examen juridicum, quo fundamenta jurisprudentia sec. seriem Digestorum“, so Willem Boele Sophius Boeles, *Frieslands hoogeschool en het Rijks Athenaeum te Franeker*, H. Kuipers, Leeuwarden, 1878-1889, Teil II, S. 124.

28 Robert Feenstra, *Seventeenth-century Leyden law professors and their influence on the development of the civil law A study of Bronchorst, Vinnius and Voet*, North-Holland, Amsterdam, 1975, Verhandelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Afd. Letterkunde, N.R., 90, S. 26-27.

29 Bernhardi Schotani, *Examen juridicum, cum annotationibus majori ex parte practicis, Novissima hæc editio*, apud Henricum Teering et Joh. Arn. Langerack, Lugduni Batavorum, 1711.

30 *Register van alle titulen en opschriften der Instituten, Pandecten en Codex, volgens het Examen juridicum van B. Schotanus,* Johannes Hasebroek, Leiden, 1740.

31 So z.B. in Basel. Dort erschien eine stark verkürzte Ausgabe, in der alle Verweise zum holländischen Recht als auch zum kanonischen Recht fehlen. B. Scotani, *Examen juridicum*, bearbeitet von Jakob Brandmüller, herausgegeben in zwei Teilen, Basel, 1675. Das Werk wurde auch in Hannover gedruckt. Diese Ausgabe fand sich sogar in einer Schulbibliothek in Speyer: *Schotani examen juridicum*, Hanov., 1662. Catalogus der Lyceums Bibliothek zu Speyer, 1829, S. 136.

dem Originaltext durchgearbeitet werden können. Man druckte sowohl mit kleinen Schrifttypen und kompakt als auch großzügig gesetzt und verteilt auf viele Seiten.

Das insgesamt recht kleine Format der Bücher bleibt auffallend. Es sind kleine handliche Bücher, die leicht und transportfähig sind und somit den Ansprüchen der oft weithergereisten Studentenschaft entsprachen. Als täglicher Begleiter konnten sie den Studenten beim Studium begleiten, ohne Mühe passten sie aber auch in eine Reisekiste oder Handtasche, wenn nicht sogar in die Hosentasche.

Die Bücher erschienen in mehreren Auflagen und wurden noch lange nach dem Tod des Autors oder Übersetzers verlegt, weiter bearbeitet oder nachträglich mit einem Register oder Index versehen. Beliebt war auch ein alphabetisches Zusammenstellen der Texte. Es handelte sich bei den untersuchten Werken um recht zeitloses juristisches Basiswissen. Dieses Basiswissen versuchte man auf verschiedene Weise, in verschiedenen Sprachen und passend zur jeweiligen regionalen Situation aufzubereiten.

Die Institutionen in ungekürzter Form von Justinian blieben für den Juristen der damaligen Zeit das Standardwerk des Studiums. Der Stoff wurde als wissenswert eingestuft, auch wenn er Teile enthielt, die nicht mehr anwendbar waren. Allerdings wurde der Lehrstoff des gesamten Corpus Iuris Civilis sehr wohl inhaltlich ergänzt und mit Verweisen auf regionale Unterschiede und lokales Recht erweitert. Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte gehörten fest zum Studium in Holland. Zum einen lernte man nicht nur das Recht der Region der jeweiligen Universität, sondern die Lehrbücher boten Verweise auf Rechtslösungen anderer Gebiete und zum anderen erlernte man doch auch das Recht, so wie es von Justinian mehr als tausend Jahre zuvor festgelegt worden war.

Da die neu gegründeten Universitäten Lehrmaterial nötig hatten, finanzierten sie die Lehrbücher zum Teil mit und zahlten dem Verfasser dafür eine Prämie. Diese finanzielle Zuwendung kann als Wertschätzung der Lehrkräfte und der von ihnen ausgearbeiteten Materialien gedeutet werden, vielleicht war sie aber auch ein finanzieller Ansporn, um recht schnell Lehrmaterial zur Verfügung zu haben.

Erstaunlich ist, dass die Verfasser immer nur auf die Werke anderer und lokale Gewohnheiten verweisen und ihre eigenen Meinungen nicht darlegen. Die Anerkennung der Lehrmeinung der vorangegangen Juristen ist deutlich zu vermerken und zeugt vom Traditionsbewusstsein des damaligen Juristenstandes. Man war ein Glied in einer langen Kette von Vermittlern von Rechtskenntnis.

Ohne Fremdsprachenkenntnis wird der damalige Student nicht studiert haben können. Neben der Kenntnis des Niederländischen wird er vor allem eine solide Kenntnis des Lateinischen gehabt haben müssen. Der Großteil des Lehrmaterials war auf Latein. Der Umgang mit Sprache wird den Juristen während seines Studiums intensiv beschäftigt haben, da die Alltagssprache eine andere war als die Unterrichtssprache an der Universität.

Alle untersuchten Ausgaben zeichnen sich durch eine hohe Druckqualität, eine übersichtliche Setzung des Textes und Liebe zum Detail aus. Die angewendeten didaktischen Konzepte sind zeitlos und noch stets attraktiv. Zum Erlernen des römischen Rechts könnten sie heute noch eingesetzt werden.

Abstract

Teaching law requires books. What were the style, form and didactic concept of legal textbooks that were used at the early Dutch universities? From the seventeenth century onwards, textbooks on civil law contained coloured highlights or were issued in a question-and-answer format. They also provided regional solutions and comparative annotations. These textbooks were very popular in their time; however, they were hardly ever cited in scientific works, and nowadays are virtually forgotten. After giving a brief sketch of the university landscape in Holland in the sixteenth to eighteenth centuries, I shall discuss some of these early textbooks.

WORDS, LAW AND A SEARCH ENGINE

Margaret Hewett*

1. Introduction

There is no doubt that the internet inventions of the last half-century and their widespread adoption throughout society have changed our lives dramatically and will certainly continue to do so. Many of these inventions are beneficial. Some – a few – are subject to abuse.

E-mail correspondence and billing are killing the postal system. Internet banking dispenses with cheques and tellers. Garmin and his/her pals replace tourist maps, sometimes leading up to dead ends but soon using that irritating word "re-calculating". If you have GOOGLE, you have no need for dictionaries or printed books whether novels, archival material or notes on gardening. Among young people conversation is a dying art. This will shortly bring me to my central theme, which is language usage, particularly in the field of translating historical legal texts from Latin into English.

2. Universities and the internet

Academic life is also affected and, if I am not mistaken, one goal is "distance education" with lecture notes, texts and their answers displacing university lecture rooms, lecturers and libraries. However, there is still a long way to go before course material on a particular subject will be provided by a single eminent professor via the internet. This would negate valuable human contact between academic staff and students, with its accompanying arguments and discussions. On-line information will be free to all and sundry. Dramatic as this may sound to conservative academics, there is no doubt that such policies are being mooted in the United States of America and to a lesser extent in Europe. In South Africa "distance education" as offered by the University of South Africa is nothing new, but not as drastic as is now being suggested. At other universities, some students rely almost exclusively on the internet when doing research for projects and essays. Fortunately, in South Africa the human element in education is still effective and relevant. Long may it last!

* Professor Emerita and currently Honorary Research Associate, Department of Private Law, University of Cape Town.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 412-415

3. The old authorities and Latin

My life's work in teaching and translating legal texts arose from the mid-twentieth-century circumstances in the South African legal world. Roman-Dutch law required legal practitioners and academics to have a certain understanding of the subtleties of legal Latin. This involved attempting, with or without the help of a dictionary, to first understand and then translate texts in a broad swath from the sixth-century Corpus iuris civilis until the mid-twentieth century. Facility in classical Latin was not enough. The language of Cicero changed over the centuries, adapting to new needs with new vocabulary (eg "sclopetus" for the newly invented arquebus and musket) and was influenced by the national languages springing up around it. Specialised knowledge of legal terms was essential, especially their precise meaning in different periods and in different legal systems (*cf* the common-law "easement" and Roman-Dutch "servitude").

Then, in the mid to late twentieth century, under pressure from other subjects, chiefly in the scientific and technical fields, facility in Latin declined. The legal world became dependent on the "old school" of lawyers who, supported and encouraged by the South African Law Commission, stepped in to provide translations of essential texts into either English or Afrikaans. Wisely, many academic lawyers such as Professor Ben-Zion Beinart of the University of Cape Town and Professor Paul van Warmelo of Pretoria provided parallel texts, so that those few who had the necessary skills and interest could check the target language against the original Latin. (Here, I am not entering into a discussion of editions or textual commentary, nor am I mentioning the stalwart work of English and European scholars.)

4. Sceptics and the GOOGLE solution

Naturally there are a number of sceptics who consider that today there is no need for the Old Authorities. Modern constitutions and legislation provide all that is required. Besides, any texts that might be necessary are available in translation in law libraries or on the internet. Moreover, using the GOOGLE TRANSLATOR offers a hopeful solution to the problems of hitherto untranslated texts. However, this is optimistic and open to comment.

The following short Latin-to-English and English-to-Latin "translations" show the linguist and jurist examples of the limitations of pressing buttons.

Let us consider the following – chosen at random – but generally representative of GOOGLE translation:

> Institutes 2 1 12: Ferae igitur bestiae et volucres et pisces, id est omnia animalia quae in terra mari caelo nascuntur, simulatque ab aliquo capta fuerint, iure gentium statim illius esse incipiunt. Quod enim ante nullius est id naturali ratione occupanti conceditur.

The programme promptly produced the following:

> Therefore, the beasts of the wild beast and the birds and the fishes, the sea, the sky, on the earth, that is to say all the beasts that are born, as soon as they have been captured by some, that the law of nations immediately begins to exist. For that which is in front of the natural reason is that no one's occupation is recognized.

Not exactly sense, the last sentence being incomprehensible. For comparison, let us look at the translation by JAC Thomas,[1] Professor of Roman law at the University of London.

> Hence, wild animals, birds and fish i.e. all animals born on land or in the sea or air, as soon as they are caught by anyone, forthwith fall into his ownership by the law of nations: for what previously belonged to no one is, by natural reason, accorded to its captor.

JB Moyle[2] of Lincoln's Inn and late tutor of New College, Oxford, translating somewhat more acceptably, produced the following:

> Wild animals, birds and fish that is to say all the creatures which the land, the sea and the sky produce, as soon as they are caught by anyone become at once the property of their captor by the law of nations; for natural reason admits the title of the first occupant to that which previously had no owner.

So far, so good! Now we reverse the process and present GOOGLE with Thomas' English and wait for the Latin, noting as we do so that the programme translates word for word disregarding the different word order of the two languages and ignoring grammatical cases:

> Unde feris avibus et piscibus, id est omnia animalia quae in mari nascuntur in terra vel aer, cum ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim cadit in possessione enim nullius est, quod prius, ubi per rationem naturalem ad suam sententiam raptor.

The GOOGLE Latin of Moyle's English translation follows below:

> Bestiarum omniumque reptilium, avium et piscium qui sub terra, id est, mare et aethere exitus, cum primum facti sunt, qui statim captus est iure gentium, cuius et raptor, quia fert humana ratio nomen quod prius non fuerit primi occupantis.

Confusion reigns supreme!

Abstract

The above article briefly outlines the problems associated with GOOGLE translations of Latin to English and conversely English to Latin. The need for some such assistance has been created by the unfortunate fact that today many lawyers and jurists can no longer read legal texts written when Latin was the international language of scholars. South Africa, together with other countries having Roman-Dutch legal systems, has been adversely affected. The immediate response was for those local scholars who were well versed in Latin and law to complete competent translations of certain Old Authorities. The need for further Latin translation has been questioned and not infrequently dismissed as irrelevant in the modern legal world. Should a required text not be available, the "Translate" function of the GOOGLE search engine is one of the only alternatives. Here I have tried to illustrate the fallacy of this present solution by choosing a few lines from

1 Thomas JAC *The Institutes of Justinian Text, Translation and Commentary* (Cape Town, 1975).

2 JB Moyle *The Institutes of Justinian Translated into English* (Oxford, 1913).

Justinian's Institutes, and having it translated into English by the GOOGLE "Translate" tool. The result is a linguist's nightmare. Conversely, translating competent English versions of Institutes 2 1 12 into Latin produces a mangled "Gobbledy GOOGLE," completely ungrammatical and incomprehensible! Where do we go from here?

SENECAS MISSTRAUEN IN BRIEF UND SIEGEL

Eva Jakab*

Dem Studium der antiken Philosophie und der antiken Rechtsgeschichte, diesen Grundpfeileren der abendländischen Kultur, und deren Fortwirken in der europäischen Rechtsentwicklung hat der verehrte Jubilar sein wissenschaftliches Lebenswerk gewidmet. In seinen Arbeiten über Rechtsirrtum setzte er sich immer wider mit der Entscheidungstechnik der römischen Juristen und mit Erkenntnismöglichkeiten des Naturrechts auseinander; daran möchte ich hier bescheiden anknüpfen.[1] Seine fesselnden Vorträge, die er in vier verschiedenen Sprachen auf hohem fachlichen Niveau hält, faszinieren das Publikum. In tiefer Verbundenheit erinnere ich mich an unsere Begegnungen an Tagungen und Gastvorträgen, die nicht nur vom ehrlichen fachlichen Interesse, sondern auch von menschlicher Wärme geprägt waren.

1. Seneca und das Rechtsleben

Lucius Annaeus Seneca, der berühmte Philosoph und Politiker des 1. Jahrhunderts n.Chr., plädiert in seinem Werk *De beneficiis* leidenschaftlich für altrömische Sitten im Geschäftsleben, die zu seiner Zeit gerade am Verschwinden sind.[2] Seine Schrift „Über die Wohltaten" ist ein Spätwerk, das erst kurz vor seinem Tode entstand. Manfred Fuhrmann nennt als *post quem* das Jahr 62 n.Chr., weil Seneca darin das große Erdbeben in Pompeji im Jahre 62 schildert.[3] Im Mittelpunkt stehen philosophisch-ethische und gesellschaftskritische Überlegungen.[4] Dabei werden oft Topoi mit juristisch relevantem Inhalt angesprochen; einer von denen ist das hier aufgegriffene Fragment 3,15.

1 L. Winkel, Error iuris nocet. Rechtsdwaling als rechtsorde-probleem, 1983, 29ff. und 81ff.; ders., Parerga et paralipomena ad errorem iuris, in: FS Mayer-Maly, 2002, 901ff.

2 Zum Autor s. M. Fuhrmann, Seneca und Kaiser Nero. Eine Biographie, 1999, 43ff.; weiterhin M. Griffin, Seneca. A Philosopher in Politics, 1976, 11f.; G. Maurach, Seneca. Leben und Werk, 1996, 34ff. Senecas Leben begann um die Zeitenwende in der blühenden Provinzstadt Corduba in Hispanien und endete mit seinem freiwilligen Tod im Jahre 65 in Rom.

3 Fuhrmann (o. Anm. 2) 190.

4 Griffin (o. Anm. 2) 124ff.

* Lehrstuhl für Römisches Recht, Universität Szeged.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 416-426

Der vorangehende Text betont, dass ein Wohltäter bei der Ausübung seiner Großzügigkeit umsichtig vorgehen solle:[5] „Immer und immer wieder bedenke, wenn du eine Wohltat erweisen willst: kein Klagerecht wird es geben, kein Rückforderungsrecht. Du irrst, wenn du meinst, helfen werde dir ein Richter; kein Gesetz wird dich in den alten Stand versetzen, allein auf die Vertrauenswürdigkeit des Empfängers sieh ... .“ Bei Wohltaten gebe es keine Klage, keine Rückabwickung – der Wohltäter sei allein auf die *fides* des Empfängers angewiesen. In unentgeltlichen Rechtsgeschäften spielte die *fides* ihre zwar nur moralische, aber gesellschaftlich doch verpflichtende Rolle.[6]

Anders jedoch bei entgeltlichen Rechtsgeschäften; hier sei ein trauriger Verfall der *fides* zu beobachten (Seneca, benef. 3,15,1):

> *Utinam quidem persuadere possemus, ut pecunias creditas tantum a volentibus acciperent! Utinam nulla stipulatio emptorem venditori obligaret nec pacta conventaque inpressis signis custodirentur, fides potius illa servaret et aecum colens animus!*

Es drängt sich in erster Linie Erstaunen vor, dass Seneca in dem Kontext der „Wohltaten“ juristische *termini* aus dem Vertragsrecht zitiert: *pecunia credita, stipulatio, emptio venditio, pacta conventaque*. Geht es wirklich um die Kritik von Phänomenen der Rechtsordnung? Seneca scheint in der Tat Missstände im alltäglichen Leben anzusprechen: im Kreditwesen, beim Abschluss von Kaufverträgen und bei der Beurkundung von atypischen Vereinbarungen.[7] Merkwürdig erscheint Senecas Wunsch, dass *pecunia credita* nur *a volentibus*, „von Wollenden“ empfangen werden sollen; darauf ist später noch zurückzukommen. Bleiben wir zunächst bei *stipulatio* und *pacta*. Aus der negativen Formulierung des Philosophen ergibt sich folgender Bericht: Wird in der Praxis ein Kaufvertrag abgeschlossen, fühlen sich die Parteien mit den prätorischen Klagemöglichkeiten auf der Haftungsgrundlage der *bona fides* nicht genug abgesichert. Bei einem gestreckten Kauf (wenn etwa der Kaufpreis kreditiert wird) verlangt der Verkäufer vom Käufer zusätzlich noch ein Versprechen in Form einer Stipulation (*obligatio stricti iuris*) über die künftige Leistung des Kaufpreises, als ob das *quidquid dare facere oportet ex fide bona* der prätorischen *iurisdictio* zur Durchsetzung seines Anspruchs nicht ausreichen würde.[8] Das nächste Beispiel führt noch einen Schritt weiter: *pacta conventaque*. Gemäß dem Typenzwang des römischen Vertragsrechts werden unklagbare Vereinbarungen durch Anfertigung einer Zeugenurkunde (*inpressis signis*) zu Beweismittel erhoben – die Vertragstreue, das gegebene Wort oder die redliche Gesinnung, spielen keine Rolle mehr. Die Wendung *aecum colens animus* dürfte eine Anspielung auf die philosophische Fundierung der *fides* als Haftungsgrundlage sein – wie es bereits von Wolfgang Kunkel dargelegt wurde: „Die Leistungspflicht des Schuldners

5 Seneca, benef. 3,14,2; s. dazu Griffin (o. Anm. 2) 282f.

6 Zur Schenkung vgl. vor kurzem G. Pfeifer, §§ 516-534. Schenkung, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hg. von M. Schmoeckel al., 2013, 440ff., mit Verweis auf die moralphilosophischen Grundlagen der Gesetzgebung.

7 Auf das Kreditwesen und die Probleme aus einer Geldschuld kommt der Philosoph in diesem Werk öfter zu sprechen, vgl. etwa 3,10; 4,10; 4,39; 6,4; 6,5.

8 Diese Besonderheit der Urkundenpraxis ist auch in den Schriften der römischen Juristen überliefert, s. E. Jakab, Risikomanagement beim Weinkauf. Periculum und Praxis im Imperium Romanum, 2009, 167ff.

beruht ... weder auf dem Gesetz noch überhaupt auf einem Gebot des *ius civile*, sie beruht vielmehr auf der *bona fides*. Die *bona fides* ist nicht nur Maßstab für den Inhalt des Anspruchs, sondern in erster Linie Verpflichtungsgrund.“[9]

Aber Seneca führt seinen Tadel noch weiter (Seneca, benef. 3,15,2):

> *Sed necessaria optimis praetulerunt et cogere fidem quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes; ille per tabulas plurium nomina interpositis parariis facit; ille non est interrogatione contentus, nisi reum manu sua tenuit.*

Der Philosoph beklagt sich, dass das Rechtsleben von *necessaria*, von Notwendigkeiten beherrscht sei, von praktischen – aber dogmatisch unsauberen – Lösungen. Rechtsnormen regeln Probleme zu einer gegebenen Zeit, ihre Geltung und Interpretation hängt stark von ihrer kulturellen Umgebung ab. Gesellschaftliche Änderungen lösen bald Reaktionen im Recht aus und verlangen nach Anpassung. Solch ein Wechsel im sozialen Hintergrund dürfte die Verschiebung ausgelöst haben, die Seneca lakonisch festellt: *cogere fidem quam spectare*.[10] Galt früher die *fides* als selbstverständliche, aus der ethischen zur juristischen gewordene Grundlage der wichtigsten Rechtsgeschäfte des Warenverkehrs, wird nun eher darauf geachtet, fremdartige Abkommen durch notarielle Praktiken für einen eventuellen Prozess durchsetzbar zu machen.[11] Die Kontrahierenden agieren betont unter Mitwirkung von mehreren Zeugen. Die früher in Rom beinahe alleinherrschende Mündlichkeit wird von der Schriftlichkeit zurückgedrängt. Es werden konsequent und sorgfältig *tabulae*, Beweisurkunden, ausgestellt.

Die nächste Wendung (*per tabulas ... facit*) dürfte wieder auf ein Phänomen der Alltagspraxis anspielen: Durch *tabulae* (Schuldurkunden) werden *nomina* (Forderungen) erzeugt, unter Einschaltung von Vertretern.[12] Von der früheren „face to face society“ abgekehrt handeln die Parteien (fast ausschließlich) durch Agenten.[13] Sind die Kontrahierenden beim Abschluss eines Vertrags gar nicht anwesend, kann die *fides* weder ihre ethisch-moralische, noch ihre haftungsbegründende Funktion richtig erfüllen. Vielleicht verweist Seneca hier auch auf die Praxis, dass mit gewissen *tabulae* (mit den Schuldscheinen) durch Litteralkontrakt, Novation oder Zession (fast wie mit Wertpapieren) gehandelt wurde.[14] Vor allem Geldtransaktionen wurden dadurch völlig entpersonifiziert.

9 W. Kunkel, Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in: FS Koschaker II, 1939, 5f.

10 Zur Bedeutungsverschiebung von *fides* zur *bona fides* im prätorischen Recht s. Kunkel (o. Anm. 9) 10ff.

11 Zwar in einer späteren Epoche, haben die schwebenden Grenzen zwischen den Rechtskulturen im Alltagsleben auch den Jubilar beschäftigt, s. L. Winkel, La vente entre les droits grec et romain, in: FS Ankum, hg. von R. Feenstra et al., 1995, 633ff.

12 Zum Kontrahieren durch Mitwirkung von Agenten s. K. Verboven, Faeneratores, Negotiatores and Financial Intermediation in the Roman World (Late Republic and Early Empire), in: Pistoi dia tén technèn. Bankers, Loans and Archives in the Ancient World. Studies in Honour of R. Bogaert, hg. von K. Verboven al., 2008, 211ff.

13 Zur Vertretung bei finanziellen Transaktionen s. auch E. Jakab, Financial Transactions by Women in Puteoli, in: New Frontiers. Law and Society in the Roman World, hg. von P. du Plessis, 2012, 130ff.

14 Vgl. dazu P. Gröschler, Die Mittel der Kreditsicherung in den tabulae ceratae, in: Pistoi (o. Anm. 12) 301ff.

Die Stipulation (als übereinstimmende Frage und Antwort, unter Anwesenden) war zwar noch im Gebrauch, aber der vollzogene mündliche Akt wurde immer durch einen handgeschriebenen Schuldschein ergänzt und bekräftigt.[15] Die Wendung *manu sua tenere* verweist zweifelsohne auf das *chirographum*. Der verbreitete Urkundentyp wird von Gaius sogar definiert.[16] Der Jurist beschreibt im vorangehenden Text den römischen Litteralkontrakt: Die Entsehung von klagbaren Obligationen (*stricti iuris*) durch Eintragungen in die *rationes* der Kontrahenten. Dabei kommt er auf die *chirographa* und *syngrapha* zu sprechen.[17] Die aus der griechischen Praxis wohlbekannnten Urkundentypen waren auch den Geschäftsleuten Roms seit langem vetraut; sie haben diese ohne Bedenken benützt. Gaius macht hier einen Versuch, die beiden Urkundentypen in das sonst geschlossene System der römischen Verträge einzugliedern. Aber lesen wir Seneca noch weiter (Seneca, benef. 3,15,3):

> *O turpem humani generis et fraudis ac nequitiae puplicae confessionem! Anulis nostris plus quam animis creditur! In quid isti ornati viri adhibiti sunt? In quid inprimunt signa? Nempe ne ille negat accepisse se, quod accepit. Hos incorruptos viros et vindicis veritatis existimas? At his ipsis non aliter statim pecuniae conmittentur. Ita non honestius erat a quibusdam fidem falli, quam ab omnibus perfidiam timeri?*

Mit dem meisterhaften Wortspiel *anulus – animus* verweist Seneca wieder auf die Urkundenpraxis: Es geht um die Versiegelung der Urkunden mit fünf oder sieben Abdrücken der Siegelringe der Parteien und Zeugen. Die *viri ornati*, die festlich gekleideten Zeugen sollen die Wahrheit (*veritas*) hüten, das Entstehen und Bestehen einer Obligation bestätigen. Bei der ethisch getragenen und vom Prätor als Haftungsgrundlage in das Schuldrecht rezipierten *fides* trat hingegen noch der Magistrat *cum imperio* in der Funktion des Hüters der Wahrheit auf.

Die Wendung *ille neget accepisse se, quod accepit* verweist wiederum auf die Urkundenform des Chirographum: Die bekannte Klausel *scripsi me accepisse* kommt nie in *testationes*, nur in *chirographa* vor.[18] Das Chirographum als Urkundenform galt im Rechtsleben des 1. Jahrhunderts n.Chr. als sehr populär: Im Archiv der Sulpizier zeigen 31 von den besser erhaltenen 95 Dokumenten diese Beurkundungsform.[19]

Warum folgt die Geschäftspraxis den Prinzipien eines allgemeinen Misstrauens, fragt der Moralist. Der Adressat der gestellten Frage kann nicht mit Gewißheit identifiziert werden. Manche Autoren sehen darin einen Freund, andere vermuten sogar den Kaiser

15 Zum Gebrauch der Stipulationsklausel s. umfassend Th. Finkenauer, Vererblichkeit und Drittwirkung der Stipulationen im klassischen römischen Recht, 2010, 34ff.

16 Zur Definition vgl. Gai. 3,134.

17 Zur Beurkundungspraxis des *chirographum* s. E. Jakab, Chirographum in Theorie und Praxis, in: Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. FS Liebs, hg. von K.-H. Muscheler, 2011, 275ff.

18 S. bereits H. Erman, Die pompejanischen Wachstfafeln, ZRG RA 20 (1899) 198ff. Einen weiteren Beleg liefern nun die Urkunden im Archiv der Sulpicii, s. dazu E. Jakab, Urkunden in Briefform: Chirographum und Epistula im römischen Privatrecht, in: The Letter. Law, State, Society and Epistolary Format in the Ancient World, hg. von U. Yiftach-Firanko, 2013, 224ff.

19 Jakab (o. Anm. 18) 226f.

Nero; das Problem soll hier ausgeklammert bleiben.[20] Kehren wir zu Seneca zurück, der seine juristischen Ausführungen schließlich elegant in den Kontext seines Gesamtwerkes *De beneficiis* einbindet (Seneca, benef. 3,15,4):

> *Hoc unum deest avaritiae, ut beneficia sine sponsore non demus. Generosi animi est et magnifici iuvare, prodesse; qui dat beneficia, deos imitatur, qui repetit, feneratores. Quid illos, dum vindicamus, in turbam sordidissimam redigimus?*

Der Philosoph schließt seine Betrachtungen über die Alltagspraxis der Notare und führt den Leser zur Hauptlinie seiner Ausführungen, zur Interpretation der richtigen Formen der Wohltaten zurück. Er kommt wieder auf die Gegensätze *avaritia* und *beneficium* zu sprechen. Er hebt erneut hervor, dass Verpflichtungen aus Wohltaten außerhalb des Rechts liegen.[21] Es würde dem Wesen eines *beneficium* widersprechen, daraus Klagen entstehen zu lassen. Diese philosophisch-moralische Ebene müssen wir hier heute ausklammern.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, dass § 3 den Mittelpunkt von Senecas Ausführungen über die Notarspraxis bildet. Der ganze Text wird auf diesen Zweifel aufgebaut: Warum sind die Zeugen, Siegel und die ganze Schriftlichkeit – die äußere Form, die Beurkundungstechnik – so wichtig geworden? Anscheinend will der Autor damit zwei Aspekte hervorheben: Erstens kritisiert er ganz allgemein die gängige Vertragspraxis. Zweitens scheint er seine Zweifel an einer ganz konkreten, frisch erlassenen Rechtsnorm auszudrücken.

2. Das Senatus Consultum Neronianum

Fangen wir mit dem Letzten an. Im 1. Jh. n.Chr. hat ein Senatsbeschluss, der sogenannte *Senatus Consultum Neronianum* detailliert geregelt, wie juristische Dokumente künftig aussehen sollen.[22] Den Anlass dazu gab eine skandalöse Testamentsfälschung, deren Täter und Opfer der obersten Schicht Roms angehörten; deshalb fühlten sich die Senatoren in Handlungszwang. Tacitus berichtet von dem Vorfall: Das Testament des alten Domitius Balbus (eines ehemaligen Prätors und Senatsmitglieds) wurde von einem seiner Verwandten, dem jungen Valerius Fabianus, skrupellos gefälscht.[23] Auch weitere Personen ritterlichen Ranges, welche die *tabulae* als Zeugen versiegelten, waren daran beteiligt. Die Sache flog bald auf, vier der Täter wurden aufgrund der *lex Cornelia (de falsis)* verurteilt. Die Althistoriker datieren den Vorfall in das Jahr 61 n.Chr.[24]

Der Fall führte zu großer Empörung im Senat und bewegte die *patres* zu einem raschen Eingriff. Es wurde ein Senatsbeschluss verabschiedet, um die Fälschungen

20 Fuhrmann (o. Anm. 2) 285f.

21 Zu den Lösungswegen dieses Problems in der Rechtsgeschichte s. G. Pfeifer, Fortschritt auf Umwegen – Umgehung und Fiktion in Rechtsurkunden des Altertums, 2013, 452ff.

22 S. dazu L. Wenger, Die Quellen des römischen Rechts, 1953, 77.

23 Tac. Ann. 14, 40.

24 S. dazu auch E.A. Meyer, Legitimacy and Law in the Roman World. Tabulae in Roman Belief and Practice, 2004, 126ff., 167f.

von *tabulae* (privaten und öffentlichen Urkunden, die auf Wachstäfelchen festgehalten wurden) zu verhindern.

Verfügungen von Todes wegen (Testamente), aber auch Rechtsgeschäfte unter Lebenden wurden in Rom traditionell auf *tabulae*, auf aus Holz angefertigten und mit Wachs oder Schellack überzogenen Täfelchen geschrieben. Zweifelsohne bot die althergebrachte Methode der Versiegelung nicht genug Sicherheit gegen Eingriffe: Die *tabulae* wurden mit einem Faden umwickelt, der auf der Rückseite der zweiten Tafel (der *pagina* 4 der Urkunde) in eine schmale Vertiefung *(sulcus*) gelegt wurde. In diesen *sulcus* setzten die Zeugen auf den Faden ihre Siegel. Zur Öffnung der Urkunde mußte der Faden durchschnitten oder die Siegel erbrochen werden.[25] Der Bindfaden im *sulcus* konnte aber mit etwas Geschick gelockert und die *tabulae* auseinander geschoben werden – auf diese Weise waren Eingriffe in den Urkundentext möglich.

Den Inhalt des *Senatus Consultum* kennen wir aus zwei Berichten: von Sueton und von Pseudo-Paulus. Sueton fasst sich sehr kurz in seinem Bericht (Suet. Nero 17): *Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabulae nisi pertusae ac ter lino foramina traiecto obsignarentur*. Etwas mehr Information bietet über die Norm die spätere Überlieferung, die Paulus zugeschrieben wurde (PS 5, 25,6):[26]

> *Amplissimus ordo decrevit eas tabulas, quae publici vel privati contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositae supra linum cerae signa imprimantur, ut exteriori scripturae fidem interior servet. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent.*

Um Urkundenfälschungen zu unterbinden, hat das *Senatus Consultum* eine neue Art der Versiegelung vorgeschrieben: Nur solche Dokumente werden künftig als Beweismittel zugelassen, bei denen alle drei Täfelchen durchbohrt und mit einem Faden fest verbunden werden. Die neue Anordnung änderte nur die Methode der Verschnürung und Versiegelung; die Wachssiegel mussten weiterhin auf den durchgeführten Bindefaden gedrückt werden. Damit wurden die früher möglichen Eingriffe, das Lockern des Fadens und das Verschieben der Täfelchen, verhindert.

Inhalt und Auswirkung des *Senatus Consultum Neronianum* lassen sich anhand der überlieferten Dokumente bestätigen. Holztäfelchen aus der ersten Hälfte des 1. Jhs. n.Chr. sind überwiegend noch als Diptychon angefertigt; die Verschnüreng folgt meistens noch der alten Methode. Ab der Mitte des Jahrhunderts nimmt der Gebrauch von Triptychen langsam zu. Nach 61 n.Chr. werden die Täfelchen oft durchgebohrt, mit einer durchgefädelten Schnur verbunden und versiegelt.[27] Im 2. Jh. n.Chr. werden die Urkunden über Rechtsgeschäfte unter Privaten, wie man es etwa in den Siebenbürgischen Täfelchen feststellen kann, fast ausschließlich als Triptychon ausgestellt. Die überlieferten *tabulae* zeigen die Spuren von zwei oder drei Durchbohrungen.[28]

25 Meyer (o. Anm. 24) 128ff.

26 Zur Textüberlieferung der Paulussentenzen vgl. D. Liebs, Römische Jurisprudenz in Afrika, 1993, 28ff.

27 E. Weiss, Peregrinische Manzipationsakte, ZRG RA 37 (1916) 153ff.; E. Polay, A dáciai viaszostáblák szerződései, 1972, 43; Erman (o. Anm. 18) 468ff.

28 Meyer (o. Anm. 24) 153.

Die beiden Quellen ergänzen einander und zeigen eindeutig, dass im römischen Recht des 1. Jahrhunderts zwingende Vorschriften über die Anfertigung von *tabulae* eingeführt wurden. Bereits früher wurde der Siegelfaden nicht einfach um die Täfelchen herumgeschlungen, sondern durch eine Vertiefung der Holztäfelchen einigermaßen befestigt. Diese Art der Fadenführung und der Siegelung findet man sowohl in Diptychen als auch in Triptychen belegt; bei den letzten wurde der Faden in einer Rinne in der Mitte geführt. Das *Senatus Consultum* ordnete hingegen die Durchbohrung der Täfelchen an; der Faden wird durch die Löcher geführt und danach versiegelt. Diese Methode bot mehr Schutz gegen Fälschungen, weil die Innenschrift der *tabulae* nun nicht mehr zugänglich war, ohne die Siegel zu erbrechen.

Der Bericht des Pseudo-Paulus erweckt den Eindruck, dass darin der Wortlaut des *Senatus Consultum* ziemlich getreu (wenn auch gekürzt) wiedergegeben ist.[29] Von Interesse sind die Parallelen in der Formulierung mit Senecas Text, vor allem mit seiner kritischen Stellungnahme: *adhibitis testibus, signa imprimantur* und insbesondere weiter unten *exteriori scripturae fidem*. Die Wendung *scripturae fides* scheint geradezu Senecas Plädoyer für die *fides* als allgemeine Haftungsgrundlage des prätorischen Schuldrechts ausgelöst zu haben. Der Moralist dürfte von dieser *scripturae fides* zu seiner harschen Kritik angeregt worden sein: die *fides* sollte den *animus*, die Gesinnung der Parteien beherrschen und nicht die schriftlich festgehaltene Form! Diese *fides scripturae* ist das Hauptobjekt seines Hohnes.

Die skandalöse Fälschung des letzten Willens des ehrenwerten Domitius Balbus und die prompte Reaktion des Senats mit dem *SC Neronianum* sind historische Fakten, die den Philosophen Seneca zum Nachdenken bewegt haben dürften. Über den konkreten Fall hinaus tadelt er allgemein den Verfall der Sitten in der Vertragspraxis. Der Alltag im Recht des Warenaustausches scheint den philosophisch-ethisch und juristisch fundierten Boden des prätorischen Vertragsrechts, das Terrain der *bonae fidei iudicia* mit großer Präpotenz völlig verlassen zu haben.

Die Siegel ersetzen die *fides*; das Formelle besiegt die *ratio iuris*. Die Praxis der mechanischen Versiegelung steht im Mittelpunkt von Senecas Kritik. Warum sind Siegel so wichtig?

Die antiken Autoren berichten oft davon, dass jeder Römer seinen eigenen Siegelring besaß. Plinius d.Ä. hebt hervor, dass die meisten Völker keinen Siegelring benützten; er sieht darin eine römische Spezialität: *Non signat Oriens aut Aegyptus etiam nunc litteris contenta solis*.[30] Ateius Capito, ein bekannter Jurist aus der Zeit des Augustus, schreibt das Versiegeln mit Siegelringen bereits den *veteres* zu. Der Siegelring verkörpert die Person selbst, seine *fides* (Ehre, Vertragstreue) und seinen sozialen Status. Cicero meint, dass der Siegelring ein *testis* (Zeuge) der Persönlichkeit, der gesellschaftlichen Ehre sei.[31] Die Römer fanden es wichtig, Urkunden privatrechtlichen Inhalts mit ihren persönlichen Siegeln zu verschließen. Macrobius berichtet davon, dass die Siegelringe bereits in der

29 S. auch G. Camodeca, Nuovi dati dagli archivi campani sulla datazione e sull' applicazione del' S.C. Neronianum, Index 21 (1993) 360f.

30 Plin. nat. 33,21. Zur Beurkundungspraxis des Alten Orients s. Pfeifer (o. Anm. 21) 7ff.

31 Cic. Q. fr. 1,1,13. Vgl. Meyer (o. Anm. 24) 154f.

mittleren Republik als Identifikationsmerkmale gedient haben.[32] Deshalb galt die Regel, dass nur Freigeborene Siegelringe gebrauchen durften, und jeder nur einen einzigen. Daraus folgt, dass Sklaven das Tragen von Siegelringen untersagt blieb.

Betrachtet man jedoch die *tabulae* aus den Vesuvstädten aus dem 1. Jh. n.Chr., findet man auf den Dokumenten in vereinzelten Fällen sogar Siegel von Sklaven. Vor allem *chirographa* wurden auf solche unkonventionelle Weise angefertigt. Vielleicht empörte dieses Phänomen auch Plinius d.Ä., der ebenfalls die missbräuchliche Verwendung der Siegel beklagt: *Pessimum vitae scelus fecit, qui primus induit digitis, nec hoc quis fecerit traditur.*[33]

Zusammenfassend läßt sich feststellen, dass die Rechtsurkunden auf *tabulae* privaten, aber auch öffentlichen Inhalts konsequent versiegelt wurden; zumindest der Aussteller hat sein Siegel unter das Schreiben gesetzt. Der typische Gebrauch der Versiegelung erfolgte ursprünglich am Ende des Textes und nicht zum Verschließen der Urkunde. Dieses Phänomen zeigt, dass die Siegel ursprünglich die „Unterschrift" der Parteien ersetzt haben.

Diesen allgemeinen Geschäftsbrauch tadelt Seneca, weil die Formalität (das Zuziehen von Zeugen und deren Untersiegeln) das persönliche Verhältnis, den redlichen Geschäftskontakt unter den Kontrahenten zu verdrängen scheint. Nicht Treu und Glaube oder Vertrauen, sondern ein mechanisch angewendeter Formzwang beherrscht dadurch das Rechtsverhältnis.

3. Notarspraxis in Neronischer Zeit

Werfen wir schließlich einen Blick darauf, ob die Dokumente des Alltags Senecas Behauptungen bestätigen. Nehmen wir ein typisches Beispiel aus dem Archiv der Sulpicii: TPSulp. 51, ein Triptychon aus dem 1. Jahrhundert n.Chr. Die Fotos in der Edition von Giuseppe Camodeca zeigen deutlich die Löcher am Rand der Täfelchen, wo der Bindfaden durchgeführt wurde. Das Dokument besteht aus einer Innen- und Außenschrift. Die Datierung nach den Konsulen ist gut erhalten: Die Urkunde wurde im Jahr 37, also 24 Jahre vor dem Erlass des oben vorgestellten Senatsbeschlusses angefertigt (28. Juni 37). Es spricht dafür, dass die *patres* im Jahre 61 keineswegs eine neue, noch nie gesehene Art der Urkundenanfertigung erfunden haben. Viel mehr dürften sie die vielfältige Praxis der Notare und Schreiber überprüft und die ihnen am sichersten scheinende Methode mit Nachdruck empfohlen haben. Ich zitiere hier bloß einen Ausschnitt aus dem Text, der die Beurkundungspraxis ausreichend demonstriert:[34]

C(aius) Novius Eunus scripsi me accepisse mutua ab Eueno
Ti(berii) Caesaris Augusti liberto Primiano apsente per
Hesychum servum eius et debere ei sestertium
decem millia nummum, quae ei reddam cum

32 Sat. 7,13,12.

33 Plin. nat. 33,8.

34 Text nach G. Camodeca, Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio dei Sulpicii, 1999; zum Kommentar vgl. immer noch auch J. Macqueron, Les tablettes de Pompéi et la vente des suretes réelles, in: Mél. Aubenas, 1974, 517-526.

petierit; | et ea HS X m(illia) n(ummum), q(uae) s(upra) s(cripta) s(unt),
p(roba) r(ecte) d(ari) stipulatus est
Hesychus Eueni Ti(berii) Caesaris Augusti l(iberti) Primiani
servus, spopondi ego C(aius) Novius Eunus; | proque
iis sestertiis decem m[ill]ibus nummum dedi
ei pignoris arrabonisve nomine tritici Alexandrini
modium septem millia '[plu]s minus' et ciceris farris monocopi
lentis in saccis duc[en]tis [mod]ium quattuor millia p(lus) m(inus),
quae omnia reposita habeo penes me in horreis
Bassianis publicis Pu[teo]lanorum, quae ab omni vi
periculo meo esse fat[e]or. (vac.) *Act(um) Puteolis.*

Tabula II, *pagina* 4 enthält die *signatores* mit sechs Namen: Der Schuldner ist zweimal, auf dem ersten und letzten Platz eingetragen. An dritter Stelle ist der Name des mitwirkenden Bankiers zu lesen. Offenbar fungierte das Bankhaus der Sulpicii als Zahlstelle im Geschäft.

Es handelt sich um ein Darlehen unter Freigelassenen: Caius Novius Eunus hat von Euenus Primianus (des Freigelassenen des Tiberius Caesar Augustus) zehntausend Sesterzen als *mutuum* (Darlehen) erhalten. Es fällt sogleich auf, dass der Gläubiger bei der Auszahlung der Darlehensvaluta gar nicht anwesend war. An seiner Stelle hat sein Sklave, Hesychus, gehandelt.[35] Die Fundstelle (das Archiv der Sulpicii) und das Siegel des Caius Sulpicius Faustus (auf *tabula* II, *pagina* 4) sprechen dafür, dass die Münzen aus der Kasse des Bankhauses ausgezahlt wurden. Euenus Primianus, der Gläubiger, dürfte bei den Sulpicii über ein Konto verfügt haben. Die juristisch reizvolle Pfandbestellung soll hier ausgeklammert bleiben.[36] Unser Interesse gilt bloß der Gestaltung der Urkunde: Unter welchen Parteien und aus welchen *causae* hier Obligationen entstanden sind.

Die Urkunde wurde in Form eines *chirographum* ausgestellt: Vom Schuldner (Gaius Novius Eunus) selbst geschrieben und in der ersten Person Singular formuliert. Seine wahre Handschrift ist oben, auf den *paginae* 2 und 3 überliefert: Die typischen Abschreibfehler des Vulgärlatein wurden bereits von J.A. Crook und J.G. Wolf überzeugend erläutert.[37] Die *scriptura exterior* auf *pagina* 5 dürfte von einem professionellen Schreiber des Bankhauses als Vorlage angefertigt worden sein – auch ich entschied mich für diese (verständlichere) Version. In Zeile 3 bestätigt der Schuldner den Empfang der ausgezahlten Summe als Darlehen (*numeratio pecuniae*). Als Vertragspartner (Gläubiger) wird Euenus Primianus (in Abwesenheit) genannt. Die Rückzahlungspflicht in Zeile 6-7 wird ebenfalls zugunsten des Euenus Primianus festgelegt. Anschließend folgt jedoch eine Stipulation (Z. 7-9), wobei der anwesende Sklave des Gläubigers, Hesychus, als Stipulator, auftritt.

Durch die *numeratio* (die durch Vermittler erfolgte) kam der Realkontrakt zwischen Euenus Primianus und Gaius Novius Eunus zustande. Die Stipulation erzeugte zwischen

35 Zu seinen Geschäften s. bereits F. Serrao, Minima de Diogneto et Hesico gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 D.C., in: Sodalitas. Scritti A. Guarino 7, 1984, 3605-3618.

36 S. dazu E. Chevreau, La pratique du gage dans les Tabulae Pompeianae Sulpiciorum, in: FS Knütel, hg. von H. Altmeppen et al., 2010, 183ff.

37 J.G. Wolf / J.A. Crook, Rechtsurkunden im Vulgärlatein aus den Jahren 37-39 n.Chr., 1989, 44ff.

Hesychus und Eunus einen Verbalkontrakt – Hesychus erwarb jedoch die Forderung automatisch für seinen *dominus*. Der (abwesende) Geschäftsherr kann gegen den Schuldner wahlweise aus verschiedenen *causae*, jeweils mit einer strengrechtlichen Klage, vorgehen. Das Beweisprogramm fällt jedoch je nach seiner Wahl unterschiedlich aus: Wird aus dem Realkontrakt geklagt, muss die Zuzählung der Darlehensvaluta bewiesen werden; die Bank als Zahlstelle kann dabei eine gute Hilfe leisten. Wird aus dem Verbalkontrakt geklagt, muss der Beweis über die mündliche Frage-Antwort erbracht werden; die vorliegende beurkundete Version stellt dafür zumindest eine starke Vermutung dar.

Vergleicht man die Urkunde aus dem Rechtsleben der reichen Hafenstadt Puteoli mit Senecas Vorwürfen, kommt man zu dem Schluss, dass die bitteren Klagen des Philosophen in guter Kenntnis von der Wirklichkeit der Alltagsgeschäfte wurzeln. Betrachten wir die wichtigsten Wendungen Senecas Schritt für Schritt noch einmal und vergleichen wir sie mit dem Sachverhalt der Urkunde aus Puteoli:

Pecunia credita – a volentibus accipere: Euenus Primianus, der als Kontrahent in der Rolle des Gläubigers auftritt, ist bei dem Vertragsabschluss gar nicht anwesend. Es weist auch nichts darauf hin, dass sein Sklave, Hesychus, bei der Gewährung des Darlehens mit seiner ausdrücklichen Ermächtigung (*iussu domini*) gehandelt hätte. Viel mehr scheint er das Vermögen seines Herrn quasi als Agent zu verwalten: Seine Pflicht ist darauf zu achten, dass das Kapital seines *dominus* ständig „arbeitet", also in Form von Zinsen Nutzen abwirft. Ausgezahlt wurde die Darlehensvaluta durch die Bankkasse der Sulpicii, wo der Gläubiger ein Konto gehabt haben dürfte. Das Kontrahieren durch Vermittler verdrängt offensichtlich die Möglichkeit jeglichen Vetrauensverhältnisses aus der Obligation. Der Gläubiger dürfte nicht einmal gewusst haben, dass er diesem konkreten Schuldner ein Kredit gewährte. Weder Freundschaft, noch Redlichkeit oder gesellschaftlicher Stand des Schuldners waren für ihn beim Geschäftsabschluss ausschlaggebend.

Mutua accipere – durch *stipulatio obligare*: Die bloße Sachhingabe, die Zuzählung der Darlehensvaluta konnte dem (abwesenden) Gläubiger unter solchen Umständen offenbar nicht genügend Sicherheit bieten. Die Vermittler müssen darauf achten, dass eine Vielzahl von Klagemöglichkeiten geschaffen und (für einen eventuellen Prozess) urkundlich festgehalten wird. Die auf diese Weise in den Hintergrund gedrängte *fides* reicht nicht aus – die Gläubigerseite stellt auf *obligationes stricti iuris*, auf strengrechtliche Verpflichtungen ab. Die beruhen auf einer objektiven (verschuldensunabhängigen) Haftungsbasis, die keine Exkulpation kennt.

Cogere fidem quam spectare: Die parallelen Klagemöglichkeiten aus mehreren Haftungsgründen zeigen, dass das Formular auf das Erzwingen der Erfüllung (und nicht auf Treu und Glaube, Vertragstreue, Vertrauen) ausgerichtet ist.

Adhibentur testes: Obwohl das *chirographum* als Urkundentyp in der hellenistischen Praxis meistens ohne Zeugen auskommt, achtet man in Puteoli darauf, das 3 bis 5 Zeugen ihre Siegel auf die Urkunde drücken. Die Zeugen kennen die Parteien offensichtlich nicht persönlich – ihre Rolle als Zeuge ist deshalb eine bloße Formalität. Der Gläubiger wird durch seinen Sklaven und durch die Bank vertreten. Einer der Zeugen ist der Bankier

selbst; drei andere wurden vielleicht auf dem Forum, in der Nähe der Bank aufgetrieben (oder sie gehörten vielleicht zu den Bankangestellten).

Ille non est interrogatione contentus: Neben dem *mutuum* ist in einem systematisch durchdachten, geschlossenen Vertragssystem sogar die *stipulatio* fehl am Platz; sie ist einfach überflüssig.[38] Aber es reicht in der Praxis immer noch nicht aus: Der Gläubiger (oder dessen Vertreter) verlangt noch zusätzlich auch einen handgeschriebenen Schuldschein. Das Ergebnis ist eine Urkunde, die wie ein „juristischer Monster" aussieht.

Anulis nostris plus quam animis creditur: Diese komplizierte Konstruktion wurde vom Notar allein dafür erfunden, dass der Schuldner nicht ableugnen kann, dass er die zehntausend Sesterzen tatsächlich empfangen hat – die er folglich auch zurückzahlen muss. Das zusammengestückelte Formular verdeckt eher die wahre juristische Natur des Rechtsgeschäfts, statt ihn getreu zum Ausdruck zu bringen. Das Geschäftsleben ist auf das allgemeine Misstrauen zwischen den Teilnehmern aufgebaut – obwohl die Handelsfreiheit und die grenzüberschreitenden Geschäfte ursprünglich auf der Basis der *fides* aufgebaut wurden.

Zu Recht klagt also Seneca, dass die *fides* (diese großartige Schöpfung der prätorischen Praxis und der Jurisprudenz) auf der Strecke bleibt: Weder als Haftungsgrundlage noch als Haftungsmassstab (Vertragstreue) spielt sie im Alltag der Rechtsgeschäfte noch eine Rolle.

Abstract

In his work *De beneficiis*, Seneca deals with the topic of generosity from several points of view, including the legal one. This paper treats a fragment of Seneca, *benef*. 3,15,1-4, which reports "strange" notarial practices in Italy. The philosopher wishes the central role of *fides* in the Roman "law in action" to be preserved – but times changed and written documents came to be preferred in every-day business transactions. According to Seneca, there were striking tensions between stipulation and consensual contracts, *pacta* and documentary texts. Because sealing was usual in Roman *tabulae*, and was a common proof in legal procedure, sealed tablets seem to have been generally trusted; there was more trust in sealing rings than in men's consciences. The central role of written tablets in legal matters soon gave rise to forgery, too. Tacitus reports a famous testamentary forgery in Roman high society in 61 AD. It seems very likely that it was because of this case that the Senatus Consultum Neronianum was introduced in 62 AD. The Senate ordered that legal documents be prepared and sealed in a particular way (Suet. *Nero* 17): "It was then against forgers that no tablets should be sealed unless they were bored through and a string passed three times through the holes … ." In this paper I look at possible connections between Seneca's complaints, the SC Neronianum and documentary practice as recorded in the archive of the Sulpicii.

38 Im Schrifttum wird sie sogar für verwirrend gehalten, von vielen Autoren wird bis heute eine novierende Wirkung vermutet.

THE PARTICIPATION OF LAYMEN IN THE DUTCH JUDICIARY 1811-2011

Corjo Jansen*

1. Introduction

The idea that the administration of justice is the state's responsibility has ancient roots. The biblical example of King Solomon (965-925 BC) inspired medieval monarchs to view themselves primarily as judges. The Holy Roman Emperor too deemed himself a judge. During his inauguration, the Emperor had to answer six questions, one of which was whether he wanted to be a fair judge to the rich and the poor, the widows and orphans. Haarlem-born painter Dieric Bouts (1415-1475) depicted Otto III (980-1002), son of Byzantine princess Theopanu, posing this question. He was pictured sentencing his lying and cheating wife to the death penalty.[1] However, the administration of justice was not the responsibility of the state only; in some cases laymen also administered justice during the *ancien régime*. In the Republic of the United Netherlands, for example, merchants presided over courts of justice for commercial matters (including maritime matters).[2]

This article will describe lay participation in Dutch justice as from 1 March 1811, when the Netherlands became part of the French Empire. French legislation required two different forms of lay participation. The first was trial by jury in criminal cases, and the second was the administration of justice by laymen in the commercial courts. I shall discuss the history of both of these below. The Dutch legal system had a third form of participation by laymen: the mixed administration of justice (such as the Enterprise chamber of the Amsterdam Court of Appeal and the Agricultural Tenancies Division of the County Courts). In this variant, laymen administered justice in cooperation with professional judges. Because of lack of space, I shall not discuss the history of this mixed

1 Justice of Emperor Otto III. The painting is displayed in the Royal Museum of Fine Arts of Belgium.

2 M.W. van Boven, De rechtbanken van koophandel (1811-1838). Iets over de geschiedenis, organisatie en archieven, in: Nederlands Archievenblad 1993/1, pp. 6-8.

* Professor of History of Law and Civil Law, Radboud University Nijmegen; Chairman of the Business and Law Research Centre.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 427-436

administration of justice. Finally, because it interests Laurens, I shall devote some words to Special Criminal Jurisdiction after the Second World War.[3]

2. Participation of laymen in justice during the first decades of the nineteenth century

On 1 March 1811, after the Netherlands became part of the French Empire in two phases, French legislation came into force. A consequence of this was that the Dutch legal system was modelled on the French system. Juries were considered among the most important achievements of the French Revolution: the victory of civilian freedom over the traditional closed nature of judicial bodies. As Bernard Schnapper remarked: 'L'histoire du jury en France est celle d'un long conflit politique: fils de 1789, il est le symbole des libertés individuelles et publiques, un rempart contre la tyrannie, défendu à ce titre par l'opinion avancée ... .'[4] Trial by jury ensured the public nature of the legal system and was required to restore public trust in the impartiality and independence of the judiciary, which had supposedly been lost during the *ancien régime*. More importantly, there was also the idea that jury trials reduced the possible influence of administrative bodies or political stakeholders. Those who supported the idea of the separation of powers, the *trias politica*, needed to separate the judge's domain from that of the legislator and especially the executive. The judiciary and the executive had not been separated in the old system and administering justice was reserved for the upper classes. Trial by jury could diminish public distrust of the judiciary as representing a social class. The first jury trial in the Netherlands was on 30 March 1811. According to Bossers' dissertation of 1987, there is no reason to believe that trial by jury in the Netherlands did not function properly.[5]

However, after Napoleon's defeat at Waterloo, juries were abolished in the Netherlands by Sovereign Decree (11 Dec. 1813, Bulletin of Acts and Decrees 10). The most important reason, according to Bossers, was the opinion of the authors of the sovereign decree. They were C.F. van Maanen (1769-1849), first president of the French Imperial Court of Appeal in Holland and subsequently first president of the Supreme Court; A.W. Philipse (1766-1845), advocate general at the Imperial Court of Appeal, subsequently attorney-general at the Supreme Court, and from 1838 president of the Supreme Court; and A. van Gennep (1766-1846), president of the Imperial Court of Appeal, later member of the Council of State. The authors described the aversion judges had to juries. Juries were the symbol of public suspicion against the judiciary. However,

3 This article is based on a paper for the Francqui seminar on 'Laymen as judges in European Courts' (Ghent, 2013), C.J.H. Jansen, Het corps doorbroken. Over de deelname van leken aan rechtspraak, in: M.W. van Boven & P. Brood (eds.), Tweehonderd jaar rechters, (Hilversum, 2011), pp. 83 ff. and C.J.H. Jansen, Over de deelname van leken aan de strafrechtspraak (1945-nu), in: Levend strafrecht. Liber Amicorum Ybo Buruma, (Deventer, 2011), pp. 293-301.

4 B. Schnapper, Le jury français aux XIX et XXème siècles, in: A.P. Schioppa (ed.), The Trial Jury in England, France and Germany 1700-1900, (Berlin, 1987), p. 165.

5 G. Bossers, 'Welk eene natie, die de jurij gehad heeft, en ze weder afschaft!' De jury in de Nederlandse rechtspraktijk, 1811-1813, (Delft, 1987), pp. 6 ff., 32 ff., 78. See, also, P.J.P. Tak, Rechters zonder toga. Over lekenrechters en lekenrechtspraak in Europa, (Nijmegen, 2006), p. 18.

contemporaries believed that the feeling was unwarranted in the Netherlands at that time; Dutch judges had the public's trust, even under the *ancien régime*. Bossers believes that other reasons, such as anti-French sentiments after the departure of the French occupier, also played a part.[6]

Even though juries were abolished in 1813, this was not the end of discussions about jury trials in the Netherlands, because there were outspoken supporters of jury trials, for example Jonas Daniël Meijer (1780-1834), a famous lawyer from Amsterdam. Meijer viewed juries as a guarantee of citizen freedom and a useful means of involving the public in the administration of justice. In criminal law, common sense allowed people to make an independent judgment on the innocence or guilt of the accused; no specialised knowledge was necessary. Anonymous writers appealed to Meijer to denounce the abolition of juries in *De Weegschaal*, a critical journal published from 1818 to 1832. These writers considered juries to be amongst the most important guarantees of individual freedom. Judges and public prosecutors were too much *entre eux* if court sessions were not open to the public. More importantly, juries could be considered as enabling the public to take part in the government, which was an absolute requirement of the constitutional monarchy. There simply was no point in depicting juries as a French institution in order to create an irrational aversion to jury trials.[7]

The discussions of the draft Code of Criminal Procedure sparked a debate in the Dutch House of Representatives about the reintroduction of jury trials in the administration of criminal justice. A majority was against this. The fact that the Dutch Constitution did not refer to jury trials was an important argument in the debate. According to the advocates of jury trials, this omission meant that juries were not prohibited. However, their opponents argued the opposite: if the drafters of the Dutch Constitution had wanted trial by jury, they would have included it in the Constitution. There was indeed a conflict in the Constitution, or at least in the interpretation of the Constitution.[8] In 1829, C.A. den Tex (1795-1854), professor at the Athenaeum Illustre in Amsterdam, made a list of all arguments in favour of, and against, the introduction of jurors in criminal cases and came to the conclusion that the introduction of juries was not desirable. According to Den Tex, juries failed as a last bastion of public freedom because they did not offer the security people were looking for. Courts with permanent and impartial judges who were appointed for life offered more security.[9]

Another form of lay participation in justice was introduced to the Netherlands through the French institution of commercial courts. Upon the implementation of the French legal system, a great number of commercial courts were established (for example in Amsterdam, Rotterdam, The Hague, Utrecht, Haarlem, Arnhem, Nijmegen, Den Bosch,

6 Bossers, idem, pp. 92 ff.

7 Wetgeving, in: De Weegschaal 1819, pp. 254, 257-258; Bedenkingen op het stukje wetgeving, in: De Weegschaal 1819, pp. 364-365, 368-369; Aanmerkingen op bedenkingen, in: De Weegschaal 1819, pp. 388, 395 ff.

8 Bossers, cit., pp. 108 ff.

9 C.A. den Tex, Is de instelling van gezworenen in strafzaken voor Nederland wenschelijk? Ontkennend beantwoord, vooral uit hetgeen de ondervinding ontrent die instelling heeft opgeleverd, in: Bijdragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving 1829/2, pp. 291 ff., 296.

Leeuwarden and Groningen). The judges and deputy judges did not need to be lawyers, but had to have some experience in trade. However, from the outset, merchants were not particularly interested in unpaid positions. In Amsterdam, there was such reluctance to participate that the commercial court was closed in 1817, and two special divisions for commercial trials were introduced at the regular court. Section 185 of the Constitution did not prevent the establishment of commercial courts, and the administration of justice in commercial matters and bankruptcies of merchants did feature in the draft version of the Judiciary Organization Act of 1827. However, commercial courts were not mentioned in the Judiciary Organization Act (which finally came into effect on 1 Oct. 1838) and were also no longer included in the draft version of the Commercial Code. The fact that it was difficult to find competent merchants willing to take up unpaid positions in such courts played an important role, as did the complex character of commercial law, and doubts about the objectivity of merchant judges and their limited knowledge of procedural law.[10]

Nevertheless, this was not the end of the debate on commercial courts and lay judges. The preliminary reports of the NJV of 1870/1872 sparked another discussion about the advisability of lay administration of justice. The Association had to decide whether it was appropriate for courts dealing with commercial matters to consist partially or wholly of merchants, based on the preliminary reports of T.M.C. Asser (1838-1913), lawyer and professor at the Amsterdam Athenaeum Illustre and professor B.H.D. Tellegen of Groningen (1823-1885). At the meeting, a large majority voted against lay participation. Asser also opposed the reintroduction of commercial courts. He argued that the difficulty of finding suitable candidates was a serious problem, and the fact that commercial law included many specific customs was an insufficient reason to create separate courts. Judges would always be able to obtain advice from experts about commercial customs or the nature of commercial contracts. However, the other preliminary advisor, Tellegen, was in favour of lay participation in the administration of justice, including commercial cases. Laymen could prevent an *esprit de corps* among judges. He also believed that knowledge of commercial customs and business language was necessary during commercial trials. In ideal circumstances, lawyers and merchants would judge together, because commerce required the speedy administration of justice.[11]

This discussion showed that the inspiration for lay participation no longer came from France but from Germany. D.J. Mom Visch, judge at the District Court of Arnhem (and later Justice at the Court of Appeal of Arnhem) referred explicitly to the introduction of lay participation in Germany.[12] J.A. Levy, the famous lawyer from Amsterdam (1836-1920), also referred to Germany, where the question was not whether there should be commercial courts, but how these courts should be organised. According to Levy, commerce required special forums to meet its requirements every hour of every day. Professional judges were not familiar with commercial customs and the commercial view of justice. More importantly, there was also no proof that merchants would not administer

10 Van Boven, cit., pp. 10-13; R.J.Q. Klomp, Opkomst en ondergang van het handelsrecht. Over de aard en de positie van het handelsrecht – in het bijzonder in verhouding tot het burgerlijke recht – in Nederland in de negentiende en twintigste eeuw, (Nijmegen, 1998), pp. 24-28.

11 Klomp, idem, pp. 56-64.

12 D.J. Mom Visch, Interventie, in: HNJV 1872/II, p. 134.

justice as well as lawyers.[13] At the meeting of the NJV, Mom Visch and Levy, however eloquent they were, were amongst the few defenders of the separate administration of justice by laymen. After this discussion, commercial courts were virtually forgotten in the Netherlands.

3. Lay participation in justice in the first decades of the twentieth century

At the end of the nineteenth century, the industrial revolution in the Netherlands reached its peak with unparalleled progress in manufacturing and agriculture. The law, however, was unable to keep up with technical, socio-economic and social developments. Judges were severely criticised for their formalism and for not keeping the law up to date. The administration of justice by laymen was back on the agenda as a means of bridging the gap between the legal system and the public. Since this was a pressing matter, it was unsurprising that a year later the NJV tried to answer the following question: 'Should it be recommended that laymen participate in the administration of justice (criminal, civil and administrative proceedings)?' J.A. van Hamel (1880-1964) and the aforementioned Levy were the preliminary advisors.

Van Hamel launched an attack on the judiciary that provoked fierce criticism from the senior NJV-members. Van Hamel viewed the administration of justice of his time as too official, too formal and too scholarly, and argued that lay participation was an obvious cure for this disease. Lawyers' law supposedly did not surpass the law of the people. In criminal proceedings, the participation of laymen took the form of the introduction of a jury. According to Van Hamel, the presence of juries meant that the administration of justice would be more impartial, just and less routine, because laymen understood better than professional judges the true meaning of criminal law. However, Van Hamel was rather pessimistic because he suspected that the public would resist the administration of justice by laymen and would not be interested in serving on a jury. He also believed that jurors were intellectually incapable of performing their duty. How were they to form a judgement about the determination of the guilt and penalty if they had no standards or any criterion of comparison?[14]

Levy's view was almost diametrically opposed to that of Van Hamel, but the conclusions he reached were almost the same. Levy had no faith in jury trials at all. His motto in the introduction to his preliminary advice spoke volumes: 'Pour savoir une chose, il faut l'avoir apprise.' After a *grand tour* of the classics (the Greeks and Romans) and modern history (England, France and Germany) he concluded that laymen had not studied the law and were therefore unable to administer justice. Levy dismissed the participation of laymen in the administration of justice, and especially in juries:

13 J.A. Levy, Interventie, in: HNJV 1872/II, pp. 138-143. See, also, J. Jacobson, Beschouwingen aangaande de wenschelijkheid der invoering van Regtbanken van Koophandel in Nederland, (Rotterdam, 1873).

14 J.A. van Hamel, Verdient het aanbeveling, het leekenelement aan de rechtspraak … te doen deelnemen?, in: HNJV 1908/I (part 1), pp. 38 ff.

> There is no fundamental principle that justifies it [juries]. Granted, they would a) not simplify but complicate the proceedings; b) vulgarise the law that actually strives for the enduring nature of principles; c) make decisions not based on responsibility; d) threaten both legal certainty and unity of law; e) disrupt the rule of law ... .[15]

Those present at the meeting of the NJV opposed lay participation in civil cases, including commercial matters. The introduction of lay participation in criminal cases was also rejected completely, as was lay participation in administrative law.

Deliberations about state legislative interference in social issues gained momentum during the last decades of the nineteenth century. Originally, the idea was that employers and employees should find solutions to conflicts without interference from the state (the principle of self-regulation). This notion was the basis for the Act on Mediation between Employers and Employees (*Wet op de Kamers van Arbeid*) of 1897. However, this form of third party intervention was not a great success,[16] so in terms of the first social insurance law, the Accidents Act (*Ongevallenwet*) of 1901, justice administered by judges took the place of self-regulation. The social element of the administration of justice was acknowledged by the introduction of laymen as judges.[17] Lay judges were able to control the way judges performed their duties to a certain extent, which promoted public trust in the administration of justice. The expertise of the laymen was also relevant, especially the experience that employers and employees had in the business sector and their familiarity with working conditions, so that they approached the facts from a different angle. The literature in the past already mentioned the disadvantages of appointing laymen as judges: their lack of legal knowledge, their commitment to particular interests and their emphasis on emotions.[18]

Reasons for lay participation soon disappeared as the scope of the Board of Appeal's work expanded. An increasing number of social security laws fell under its jurisdiction, regulating matters of which lay members had no knowledge or experience. It is unsurprising, therefore, that laymen ceased to play a role in this form of administrative justice when the Administrative Law Division of the District Court took over the duties of the Boards of Appeal in 1992.[19] Roos' empirical research of 1982 undoubtedly played an important role in this turn of events. He concluded that laymen's views were largely dependent on the chairman's attitude and that lay judges hardly had any influence on the administration of justice.[20]

15 J.A. Levy, Verdient het aanbeveling, het leekenelement aan de rechtspraak … te doen deelnemen?, in: HNJV 1908/I (part 2), pp. 518-519.

16 C.J. Loonstra, Derden-interventie bij CAO conflicten. Grenzen en mogelijkheden van wettelijke regulering, (Groningen, 1987), pp. 101 ff.

17 T. van Peijpe, Rechtspraak sociale verzekering historisch bezien, in: A.Ph.C.M. Jaspers e.a. (ed.), 'De gemeenschap is aansprakelijk …' Honderd jaar sociale verzekering 1901-2001, (Lelystad, 2001), pp. 285-287.

18 N.H.M. Roos, Lekenrechters. Een empirisch onderzoek naar het functioneren van de lekenrechters bij de Raden van Beroep voor de sociale verzekeringen, (Deventer, 1982), p. 37.

19 W. Faber, 90 jaren in beroep. Geschiedenis van de raden van beroep en de ambtenarengerechten, (Zwolle, 1992), pp. 62 ff.

20 Roos, cit., pp. 189, 191.

4. The administration of justice by tribunals after the Second World War

Special Criminal Jurisdiction after the Second World War had a legal basis in the Special Courts of Appeal Wartime Occupation Decree (*Besluit bijzondere gerechtshoven*), the Administration of Justice Wartime Occupation Decree (*Besluit buitengewone rechtspleging*) and the Tribunals Decree (*Tribunaalbesluit*).[21] In his book, *Snel, streng en rechtvaardig*, Romijn discussed in detail the difficult process of sentencing collaborators and the purging of governmental administrations between 1945 and 1955. The Schermerhorn government (24 Jun. 1945 - 3 Jul. 1946), known as the government of recovery and renewal, chose a pragmatic approach, for example in differentiating between minor and major cases.[22] I shall limit myself to a discussion of the administration of justice by tribunals.

Section 9 of the Tribunal Decree required the government to establish a tribunal in every judicial district. Every tribunal consisted of a president, a deputy president, members, a secretary and deputy secretaries. The president(s) and secretary/secretaries, but not the other members, had to be lawyers. In the appointment of the 'other' members the government aimed to create a tribunal that 'consisted of persons from different occupations and different industries and social circles of the population of the cities in the districts, so that the tribunal would be able to deal with cases with deep and profound understanding of the factual circumstances and relationships'.

In terms of Section 2 of the Tribunal Decree, the tribunal was charged with judging Dutch citizens who had 'deliberately' acted contrary to the interests of the Dutch population or had compromised resistance against the enemy and its allies during the occupation, either by offering help in any way to the enemy or its allies or as members of the National Socialist Movement of the Netherlands (*Nationaal-socialistische beweging der Nederlanden, NSB*) or affiliated institutions or organisations; or by disobeying orders from the exiled Dutch government; or by acting or failing to act.

The composition of the tribunals of which a lawyer was the president and two laymen acted as judges, soon proved to be an obstacle. Some people feared that the laymen would give in to feelings of envy, hate, revenge, competition, fanaticism and so forth, but others thought these fears were unjustified. The government had ensured that enough precautions were taken, in the shape of recommendations by the County judge, advice from the Queen's Commissioner, and appointment by the Queen on the recommendation of the minister. However, many felt that one of the disadvantages was that the administration of justice by laymen was in conflict with the Constitution, although they felt it was necessary to deviate from the normal situation 'in these abnormal, extraordinary circumstances'.[23] Not everybody was convinced that the participation of laymen in the administration of justice was unconstitutional.

21 Bulletin of Acts and Decrees D 62 and D 63; E. 101.

22 P. Romijn, Snel, streng en rechtvaardig. Politiek beleid inzake de bestraffing en reclassering van 'foute' Nederlanders 1945-1955, (Amsterdam, 1989), p. 369.

23 J. Volksrechtbanken, in: Het Baken. Onafhankelijk Orgaan voor principieele Voorlichting, No. 3, Mar. 1945, pp. 42 ff.

According to Jonkers, the Constitution did not exclude laymen from the administration of justice, because it did not stipulate that a judge had to be a lawyer. In disciplinary proceedings, non-lawyers were just normal people.[24] Van Oven wrote in 1947 that administration of justice by tribunals was still not very popular but he believed that the administration of justice by laymen was a success, and that the rule of law benefited from this improvised administration of justice.[25] A few weeks later, an anonymous writer criticised his stance and argued that the special administration of justice should be reduced in the interest of legal certainty in public life and the objectivity of the legal system. The writer denounced the incompetence of some judges, who were inclined to give rein to uncontrolled emotions; and asserted that lay judges based their arguments on emotions.[26] There was a huge reaction to this vicious piece of writing. Almost all the responses were positive: the majority of people involved in the administration of justice by tribunals found that involving the lay judges had been a success, and that their knowledge of local relationships and circumstances contributed to the proper administration of justice. According to the president, one of the best assessors was a metalworker. However, critics argued that laymen often used the proceedings to express their negative views or to reprimand an offender, instead of asking questions. Van Oven summarised succinctly: 'The positive result is good news.'[27] Nevertheless, this positive result quickly disappeared from the memory of lawyers.

5. Participation of laymen in the administration of justice in the first decade of the twenty-first century

In the new millennium, jury trials received renewed attention. Bovend'Eert wrote a challenging piece about juries and laymen participation in 2001, based on an examination of the American and German systems. His conclusion is very interesting:

> The constitutional history of administration of justice by laymen and the experience with jury trials in other countries justify the conclusion that administration of justice by laymen deserves a more serious consideration than it has received in the Netherlands in recent years.[28]

His contribution formed a prelude to the continuing debate about lay participation in the administration of justice (including criminal justice). I shall discuss a few of the important arguments both in favour of and against lay administration of justice.[29]

24 J.E. Jonkers, De Bijzondere rechtspraak en de Grondwet, in: NJB 1948, p. 44; see also G.E. Mulder & Th. W. Van Veen, Zuivering, in: Tijdschrift voor Strafrecht 1946, p. 44.

25 J.C. van Oven, De Tribunaalrechtspraak, in: NJB 1947, pp. 149 ff.

26 Anoniem, De Bijzondere rechtspleging in den strijd om het Recht, in: NJB 1947, pp. 216 ff.

27 J.C. van Oven, De Tribunaalrechtspraak, in: NJB 1947, pp. 220 ff., 269 ff., 332 ff. (conclusion on p. 335).

28 P.P.T. Bovend'Eert, Jury- en lekenrechtspraak in een vergelijkend perspectief, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (eds.), Grensverleggend strafrecht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, (Deventer, 2001), p. 22.

29 It is impossible, and unnecessary, to discuss all the articles about the administration of justice by laymen dating from the first decade of the twenty-first century. Searching Google for 'administration of justice by laymen' yields an endless list of publications.

The supporters of lay participation advance two main arguments. One concerns lay participation in the administration of justice as one of the principles of democracy or even as a democratic right, because lay participation increases public influence on government actions. It furthers public participation in the government's decision-making process.[30] The other argument is concerned with public trust in the administration of justice. Lay participation builds public trust in professional judges; trust that is eroded by distant and formal judges, incomprehensible sentences and mistakes made by the police and the judiciary. It can help overcome the first two objections.[31]

Groenhuijsen, De Roos and Tak (and many others) see no reason to advocate the introduction of lay judges to Dutch administration of criminal justice. The lack of public trust in the administration of justice does not warrant lay participation. There has always been, and will always be, a rift between the public and the administration of justice.[32]

6. Conclusion

Arguments against the administration of justice by laymen, and especially juries, have not changed in the past two hundred years. They are that the average citizen lacks knowledge and experience, and is inclined to make irrational decisions based on emotion, pity or feelings of revenge. Consequently, laymen's pronouncements are too mild in some cases and too harsh in others. Their lack of knowledge and experience means that all forms of voluntary self-regulation in conflicts are doomed to fail. In every form of conflict settlement, a professional judge has to be involved, who almost unfailingly plays a dominant role in the settlement of the conflict.

Laymen have always been expected to contribute to the administration of justice if they have expert knowledge in a certain field (for example in agricultural tenancy law or business law). This is one of the reasons why several lawyers advocated specialisation within the judiciary at an early stage, and envisioned a special role for citizens with expert knowledge. This form of lay participation became constitutionally possible in 1922.

The two most important arguments in favour of the lay administration of justice and especially of jury trials have also not changed in two centuries. The participation of laymen is in accord with the democratic principle that citizens should be able to control the government's actions. This principle is connected to public trust in the independence and impartiality of the judiciary. Seeing that almost every European country has a form of lay administration of justice, Dutch politicians and researchers should consider this option. There is always a renewed interest in the lay administration of justice when

30 Bovend'Eert, cit., pp. 16-18; Th. de Roos, Lekenrechtspraak: een hot issue inmiddels al weer afgekoeld?, in: Rechtstreeks 2007/1, p. 35 and Th. de Roos, Is de invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?, (Tilburg, 2006); Tak, cit., p. 36.

31 Tak, ibid., p. 36; Y. Buruma, Vertrouwen in rechtspraak, in: NJB 2006, p. 2225.

32 De Roos, Lekenrechtspraak: een hot issue inmiddels al weer afgekoeld?, cit., pp. 41-42; M. Groenhuijsen, Pleidooi voor professionele strafrechtspraak door beroepsrechters, in: Rechtstreeks 2007/1, pp. 18-19; Y. Buruma, Recht spreken in de dramademocratie. Kanttekeningen bij lekenrechtspraak en motiveringsvereisten, in: D&D 2006, pp. 1077-1088.

the trust in professional judges has diminished. People no longer trust the authority's knowledge. The reaction of most lawyers to the call for more lay participation is very stereotypical; it is not the participation of laymen that would benefit citizens, but an improvement in the quality of the law of procedure and the administration of justice, for example by increased public access, specialisation of the judiciary or more easily understood court judgments.

No one knows what the future will bring for the Netherlands in this sphere. Nothing in the Constitution (Section 116, subsection 3 of the Dutch Constitution) prevents the lay administration of justice, but the trend towards lay participation seems to have been reversed, at least politically.

Abstract

This article describes the participation of laymen in Dutch justice from 1 March 1811 until 2011. History shows that discussion about the participation of laymen in the administration of justice has always related to the level of public trust in the judiciary and state-appointed judges at a certain time. Based on this, three peaks can be discerned in the focus on the administration of justice by laymen: the first decades of the nineteenth century, the first decades of the twentieth century and the first decade of the twenty-first century.

ULPIAN'S *PRAECEPTA IURIS* AND THEIR ROLE IN SOUTH AFRICAN LAW PART 1: HISTORICAL CONTEXT

Duard Kleyn* and Gardiol van Niekerk**

1. Introduction

In the South African High Court case of *Bophuthatswana Broadcasting Corporation v Ramosa*[1] the court linked the foundational precepts of indigenous African, Chinese, Judaic-Christian and Roman law in the following remark:

> The Constitution of this country has not swept away everything that came before. Confucius who was not a religious person but rather a teacher of social ethics said the following: 'Do not do unto others what you would not want others to do unto you' ... In this passage, Confucius clearly recognises that to be human is a communal enterprise. This statement is repeated somewhat differently in the Gospel according to St Matthew ... '[t]herefore all things whatsoever ye would that men should do to you, do ye even so to them: for this is the law and the prophets'. The concept contained in these passages quoted above forms part of *Ubuntu* which is incorporated in our Constitution. It was Justinian who said: '*Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*'.

This *dictum* reflects the multilayered nature of the uncodified South African legal system, based as it is on the civilian (and English common-law) tradition, with elements of African customary law.[2]

1 [1997] JOL 283 (B) at 283. These sentiments are also shared by Ulrich Manthe "Beträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdichkeit und die iuris praecepta Ulpians" (1997) 114 *ZSS(R)* 1-26 at 25-26 who states that the "suum cuique tribuere" may also be found in Semitic and Christian as well as ancient Nordic, Eastern Asiatic, Marxist and Chinese legal theory.

2 See Part 2 of this article, Duard Kleyn & Gardiol van Niekerk "Ulpian's *praecepta iuris* and their role in South African law Part 2: Modern-day South African practice" par 1.

* Professor, Department of Jurisprudence, University of Pretoria.
** Professor, Department of Jurisprudence, University of South Africa.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 437-445

The theme of *praecepta iuris* and its roots in Greek philosophy lie close to the heart of our dear friend and esteemed colleague whom this publication is honouring, as is evidenced by our references to his articles in this contribution.

The limited scope of our article does not allow us to explore this theme in all its ramifications and we shall accordingly not address its development in the works of, for instance, St Augustine, Aquinas and Calvin.[3] However, since Laurens Winkel has a specific interest in African customary law and the influence of *ubuntu* in the development of the South African legal system, we shall investigate the possible intersection of the *praecepta iuris* and the underlying principles of African customary law in the second part of this article.

In this part of our article, we shall focus on Roman law, Greek philosophy and Roman-Dutch law.

2. Roman law

The prominence of justice and the *praecepta iuris* is evidenced by their placement in the *Corpus Iuris Civilis*. In both the Digest and the Institutes, these concepts are discussed in the first titles.

In D 1 1 10*pr* Ulpian defines justice as follows: "Justitia est constans et pertua voluntas ius suum cuique tribuendi" (Justice is the constant and perpetual desire to give to everyone that to which he is entitled.)[4] He then proceeds to link this definition with the *praecepta iuris* in D 1 1 10 1: "Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere"[5] (The precepts of the law are the following: to live honourably, to injure no one, to give everyone his due). Ulpian's definition of *iustitia* is repeated in Inst 1 1*pr* and the description of *praecepta iuris* in Inst 1 1 3.

But *w*hat exactly are the *praecepta iuris*? Various Roman-law scholars have different views on the subject. Winkel describes them as "definitions of justice";[6] Watson conceives them as "basic principles";[7] Thomas translates them as the "precepts of law";[8] Spruit

3 See in this regard DH van Zyl *Justice and Equity in Cicero. A Critical Evaluation in Contextual Perspective* (Pretoria, 1991) at 213-222. See, also, Manthe (n 1) at 23.

4 SP Scott *The Civil Law* vol 2 (Cincinnati, 1932) available at *http //droitromain.upmf-grenoble.fr/* (accessed 3 Nov 2013).

5 Malte Diesselhorst "Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians in D,1,10pr. und die Praecepta iuris nach D. 1,1,10,1 sowie ihre rezeption bei Leibniz und Kant" in Okko Beherens, Malte Diesselhorst & Wulf Eckart Voss (eds) *Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Gebutstages von Franz Wieacker* (Ebelsbach, 1985) 185-211 at 185: "Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians und die *praecepta iuris* stehen in einem engen literarischen und wohl auch sachlichen Zusammenhang."

6 Laurens Winkel "The role of general principles in Roman law" (1996) 2(1) *Fundamina* 103-120 at 104.

7 See Alan Watson's English translation of *The Digest of Justinian* vol 1 (Philadelphia Penn, 1985) D 1 1 10 1.

8 JAC Thomas *The Institutes of Justinian. Text Translation and Commentary* (Cape Town, 1975) Inst 1 1 3.

describes them as "grondbeginselen van het recht";[9] and Sandars refers to them as "the "maxims of law".[10]

What is apparent from these descriptions is that the *praecepta iuris* are not rules of positive law or legal rules deduced from law in action, but rather ethical principles or morals.[11] This brings to mind the difference between *praecepta iuris* and *regulae iuris* (rules of law) – the latter also being prominently placed in the last title of the Digest. In the opening fragment of D 50 17, Paul encapsulates *regulae iuris* as brief statements derived from the law in practice.[12] One may then argue that *praecepta iuris* formed the intuitive basis of legal reasoning and informed the casuistic approach of the Roman jurists; while the *regulae* were rules derived from existing law. It follows naturally that the *praecepta iuris* are not justiciable and that to give them content one must revert to competing concepts of justice.[13]

Interestingly, Ulpian merely mentions the three *praecepta iuris* but does not explain their content. This prompted later scholars to ponder their meaning. We briefly focus on the glossators, with whom the reception of Roman law started at the end of the eleventh century, and on Kant to whom several scholars[14] refer in this regard.

The Accursian Gloss cursorily discusses the meaning of all three precepts. One example used to illustrate *honeste vivere* is that of the wife who lives chastely within matrimony, honouring her vows in accordance with the *mores* of the day.[15] The glossators' interpretation of *alterum non laedere* boils down to the principle that you should treat others as you want them to treat you: people should not harm one another.[16] The glossators link *suum cuique tribuere* to Ulpian's definition of *iustitia* in D 1 1 10*pr*. They state that not only should people not harm one another; they also have a duty to assist others.[17] This is in accordance with the gloss "iuris praecepta" *ad* D 1 1 10 1, which states that one *praeceptum* punishes, another prohibits and another allows.

9 JE Spruit *et al Corpus Iuris Civilis. Tekst en Vertaling* vol 2 ('s-Gravenhage, 1994) D 1 1 10 1; *cf* AC Oltmans *De Instituten van Justinianus. Vertaling, Tabellen en Register* (Haarlem, 1967) Inst 1 1 3, who refers to it as "grondregels van het recht" bringing to mind the distinction between *praecepta* and *regulae iuris*.

10 TC Sandars *The Institutes of Justinian* (London, 1934) Inst 1 1 3.

11 *Cf Winkel* (n 6) at 104; JB Moyle *Imperatoris Justiniani institutionum* (Oxford, 1955) at 98-99; HR Hahlo & Ellison Kahn *The South African Legal System and its Background* (Cape Town, 1968) at 9; HG Hanbury "The realisation of Ulpian's juris praecepta" (1958) *Acta Juridica* 200-202 at 202.

12 See Peter Stein's "The Digest title, *De diversis regulis iuris antiqui*, and the general principles of law" in his *The Character and Influence of the Roman Civil Law Historical Essays* (London, 1988) 53-72; Derek van der Merwe "*Regulae iuris* and the axiomatization of the law in the sixteenth and early seventeenth centuries" (1987) 3 *TSAR* 286-302; Laurens Winkel "A note on *regulae iuris* in Roman law and on Dworkin's distinction between rules and principles" in John W Cairns & Olivia F Robinson (eds) *Critical Studies in Ancient Law, Comparative Law and Legal History* (Oxford, 2001) 413-418.

13 See Diesselhorst (n 5) at 199.

14 See, eg, *idem* at 208-211; Van Zyl (n 3) at 229-231.

15 Gloss "honeste" *ad* D 1 1 10 1.

16 Gloss "alterum non laedere" *ad* D 1 1 10 1.

17 Gloss "suum" *ad* D 1 1 10 1.

In the late eighteenth century, Kant[18] commented on the three *praecepta*, arguing that *honeste vivere* means that one must be law-abiding and also implies that one must maintain one's dignity in personal interactions with others. As regards *alterum non laedere*, he notes that one should not harm others, even if this means avoiding all social contact. For Kant the crux of *suum cuique tribuere* is that one should "create a situation in which everyone can secure against others that which is his own".[19]

Some scholars nevertheless argue that the classical Roman jurists were not significantly influenced by the *praecepta iuris* and that their approach to Roman law is often in conflict with the spirit of the *praecepta iuris*.[20] These scholars generally base their views on those instances where Roman law is not in accord with the *praecepta iuris*, and a number of *regulae iuris* that are in conflict with the *praecepta*.[21] It has been suggested that this incongruity may be attributed to the difference between the approaches of the Proculiani and the Sabiani. The former school followed a strictly institutional legal approach that excluded the ethical views of the Sabiniani, which were based on Stoicism.[22]

However, one has to bear in mind that Roman law is often in accord with the *praecepta* and that the *praecepta* and *regulae iuris* are often in accord with each other.[23]

We shall now give a cursory overview of the origins of the *praecepta iuris* in Greek philosophy.

3. The origins of *praecepta iuris* in Greek philosophy

It is usually accepted that Ulpian's definition of justice and his *praecepta iuris* are rooted in Greek natural-law philosophy, especially as proclaimed in Stoic doctrine.[24] The fully developed idea of natural law appeared for the first time in Aristotle's *Rhetoric*, linking the concept of *physis* (nature) and *nomos* (law). Greek philosophical schools

18 I Kant *Die Metaphysic der Sitten; Erster Theil Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* vol 6 *Gesammelte Schriften* (Berlin, 1914) at 236-237; Manthe (n 1) at 23; *cf,* also, Diesselhorst (n 5) at 208-210.

19 Van Zyl (n 3) at 230.

20 See, eg, Diesselhorst (n 5) at 195 ff. It appears that Ernst Levy "Natural law in Roman thought" in Wolfgang Kunkel & Max Kaser (eds) *Ernst Levy Gesammelte Schriften* vol 1 (Köln, 1963) 1-19 at 16-19 in fact denies any influence of these *praecepta* on the "imposing system of the Roman law" (at 17); for a contrary view, see Hanbury (n 11) *passim*.

21 Compare, eg, the inconsistency of "honeste vivere" and the *regula iuris* in D 50 17 144: "Everything which is permissible is not always honourable"; or "alterum non laedere" and D 50 17 55: "No one is considered to commit a fraud who does what he has a right to do".

22 Okko Beherens "Institutionelles und prinziepielles Denken im römischen Privatrecht" (1978) 95 *ZSS(R)* 187-231 at 216 ff; see, also, Diesselhorst (n 5) at 186 n 8, 191 n 23, 200.

23 See C Wollschläger "Das stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft" in Beherens, Diesselhorst & Voss (n 5) 41-88 at 49-50, who links the *regula* against unjust enrichment in D 50 17 206 with *alterum non laedere*.

24 See, eg, Laurens Winkel "Die stoische oikeiosis-Lehre und Ulpians Definition der Gerechtigkeit" (1988) 150 *ZSS(R)* 669-679 at 669-672; Levy (n 20) at 5, 16; Fritz Schulz *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1967) at 72; Ulrich Manthe "Beträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Phythagoras und Aristoteles" (1996) 113 *ZSS(R)* 1-32 at 1; Manthe (n 1) *passim*; Van Zyl (n 3) at 44, 198.

such as the Sophists, Cynics and Hedonists interpreted the concept of *physis* in different ways.[25] Then, with the Stoics, came a dramatic departure from previous ideas about the relationship between law and nature. Dignity featured strongly in their philosophy, as did an all-encompassing notion of kinship and equal rights for all. Importantly, they featured man as a rational creature, departing from the introspective paradigm of "man-slave" and "Hellenes-barbarians".[26]

Aristotle and Pythagoras distinguished between distributive and corrective justice. Their philosophy found its way into Ulpian's *praecepta* via the Stoics and is evidenced in his *suum cuique tribuere* and *alterum non laedere*.[27]

The Greeks did not have a highly developed legal science. They focused on philosophy and rhetoric, but their philosophical thought and dialectics influenced the Roman development of private law as a legal science.[28] The Romans, on the other hand, were masters of the law. The Roman jurists' approach to law was casuistic, focusing on the outcome of cases.[29] In fact, Douzinas[30] points out that for the Roman jurists *ius* did not mean a collection of legal rules but the just outcome of a case – a just distribution. Justice did not feature strongly in the language of the Roman jurists, but it made an impressive reappearance in Justinian's Digest and Institutes.[31]

There are several views on the extent of the influence of Greek philosophy on Roman legal science. Scholars have variously labelled it, for example, as debatable,[32] negligible,[33] probable,[34] limited,[35] and profound.[36] However, one cannot deny the Stoic influence on the works of Cicero, who in this sense became the bridge between Greek philosophy

25 Aldo Schiavone *The Invention of Law in the West* (London, 2012) at 292-293; Costas Douzinas *The End of Human Rights Critical Legal Thought at the Turn of the Century* (Oxford, 2000) at 26-30. Douzinas (at 30) points out that according to the Sophists *physis* was "what endures through change and remains constant behind diversity" while the Cynics and Hedonists who succeeded them "associated nature with the simplicity of animality and the indulgence of private pleasures".

26 See Douzinas (n 25) at 31; *cf*, also, Christopher Roederer & Darrel Moellendorf *Jurisprudence* (Lansdowne, 2004) at 34-35.

27 Manthe (n 24) at 30-31.

28 JA Ankum "Griekse invloeden op het Romeinse recht en op de Romeinse rechtswetenschap" (1982) 15 *Lampas* 331-340 at 334; Fritz Pringsheim "Griechischer Einfluss auf das römische Recht" (1960) 63 *BIDR* 1-17 at 1-5, 15; Randall Lesaffer *European Legal History A Cultural and Political Perspective* (tr Jan Ariens, Cambridge, 2009) at 76-78; Schulz (n 24) at 55, 69-71.

29 Douzinas (n 25) at 41-42; Fritz Schulz *Principles of Roman Law* (Oxford, 1936) at 51-52.

30 (n 25) at 48; for other meanings of *ius*, see Moyle (n 11) at 98.

31 Schiavone (n 25) at 294-295, 419-420.

32 Van Zyl (n 3) at 74.

33 See John R Kroger "The philosophical foundations of Roman law: Aristotle, the Stoics, and Roman theories of natural law" in Richard O Brooks (ed) *Cicero and Modern Law* (Brighton, 2009) 229-268 at 268 (reference is to the pagination of the 2009 ed).

34 Winkel (n 24) at 679; see, also, Laurens Winkel "Cujas, Fabrot, and once again Greek philosophy in Roman law: The cases of *libertas* and *error iuris* compared" in Harry Dondorp *et al* (eds) *Ius Romanum- Ius Commune- Ius Hodiernum Studies in Honour of Eltjo JH Schrage on the Occasion of his 65th Birthday* (Amsterdam, 2010) 429-437; Pringsheim (n 28) at 13.

35 Lesaffer (n 28) at 18-19.

36 Kroger (n 33) at 268.

and Roman legal science.[37] He introduced the concept of natural law into Roman legal thought, but his perception of natural law was "simplified and transformed".[38] Cicero saw himself not as a true Stoic, but as belonging to the so-called "New Academy", which would classify him as an eclectic Stoic, because he did not follow Stoicism slavishly.[39]

It is common cause that Ulpian's *praecepta* are of Greek origin and that he relied on Cicero who had, as indicated, been strongly influenced by Stoicism.[40] One should, however, not negate the roots of the *praecepta* that preceded the Stoics.[41] The three propositions are a recurring theme in the works of Cicero.[42]

Manthe[43] observes that the Stoics did not treat the three *praecepta* as an entity as Ulpian did, and that Ulpian added *honeste vivere* to the other two *praecepta*. There is speculation about the origins of this trichotomy.[44] According to Manthe,[45] it may be traced back to a Semitic influence that prevailed in the Italian colony of Tyrus in which Ulpian grew up. Ulpian was well versed in the literature of the region and it is feasible that the doctrines of the prophet Micah may have influenced him in this respect.[46]

37 Van Zyl (n 3) at 181, 208.

38 Douzinas (n 25) at 49.

39 Kroger (n 33) at 258 esp n 141; Douzinas (n 25) at 49. Van Zyl (n 3) at 196 shows that Stoicism did not remain stagnant, and that Cicero was influenced by the "Middle Stoics" of the second century BC.

40 See, eg, Kroger (n 33) at 261-263; Levy (n 20) at 16-17; Diesselhorst (n 5) at 195-201; Winkel (n 24) at 672; Van Zyl (n 3) at 208. See the texts below in which Cicero refers to the Stoics and Greek philosophy.

41 Eg, Aristotle and Demosthenes: see Manthe (n 1) at 12-13; *cf*, also, Marc A Loth & Laurens Winkel "Reasonableness in a divided society" (2009) 2 *De Jure* 302-315 at 314; Van Zyl (n 3) at 191 points out that Plato adopted the precept of *suum cuique tribuere* from Simonides; see, also, DH van Zyl "Cicero and Roman law" (1991) 108 *SALJ* 496-502 at 496.

42 See, eg, as regards *honeste vivere*: *De finibus* 3 8 29: "ex quo intellegitur idem illud, solum bonum esse, quod honestum sit, idque esse beate vivere: honeste, id est cum virtute, vivere"; *De finibus* 2 11 34: "his omnibus, quos dixi, consequentes fines sunt bonorum, Aristippo simplex voluptas, Stoicis consentire naturae, quod esse volunt e virtute, id est honeste, vivere, quod ita interpretantur: vivere cum intellegentia rerum earum, quae natura evenirent, eligentem ea, quae essent secundum naturam, reicientemque contraria". For *cuique tribuere* see: *De inventione* 2 53 160: "iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem"; *De finibus* 5 23 65: "Quae animi affectio suum cuique tribuens atque hanc, quam dico"; *De legibus* 1 6 19: "eamque rem illi Graeco putant nomine a suum cuique tribuendo appellatam". And for *alterum non laedere* see: *De officiis*: 1 7 20: "sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria, deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis" and 1 10 31: "fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitati serviatur"; *De finibus* 3 21 71: "Ius autem, quod ita dici appellarique possit, id esse natura, alienumque esse a sapiente non modo iniuriam cui facere, verum etiam nocere."

43 Manthe (n 1) at 12.

44 There is some suggestion of the three propositions in the works of Demostenes; and Manthe (n 1) at 13-14 notes that one cannot exclude the possibility (although he thinks it improbable) that Cicero's Stoic interpretation of Demostenes may have caused him to treat the three *praecepta* as a coherent whole.

45 (n 1) at 16-21.

46 *Cf*, also, Henry H Brown "Ulpian's definition of jurisprudence" (1921) 33 *Juridical Review* 128-133 at 130-131.Brown compares Ulpian's *praecepta iuris* with the triad in Micah 6 v 8, which sets a higher standard of conduct that includes generosity, charity and mercy, thus positing the standards of conduct in a communal rather than individualistic context. By contrast, Tony Honoré *Ulpian* (Oxford, 1982) at 15 maintains that neither Semitic nor Greek influences can be proven in Ulpian's writings.

4. Roman-Dutch law

Since Roman-Dutch law forms the basis of the South African common law, we briefly explore the *praecepta iuris* in the works of a selection of the institutional writers.[47]

Simon van Groenewegen van der Made, in his work on abrogated laws,[48] quotes the seventeenth-century English poet John Barclay's satirical reference to the changing nature of human mores: "[A] law formerly considered most sacred namely to live honestly, not to hurt another, to give unto each his due ... has now definitely been abolished ... to my bitter disappointment."

In his *Inleiding tot de hollandsche rechtsgeleerdheid*[49] Hugo de Groot distinguishes between natural (*aangeboren*) and positive (*gegeven)* law (*wet*).[50] Natural law is intuitive to humankind and allows a person to differentiate between that which is honourable and that which is dishonourable.[51] Because humans are reasonable beings they are drawn to a "rational communion"[52] (*redelyke gemeenschap*) with others, which is founded on the principle "treat others as you want them to treat you".[53] In this way Grotius links natural law to Ulpian's definition of justice.[54]

Grotius expands on the concept of *redelyke gemeenschap* in his *De iure belli ac pacis*,[55] in which he refers to it as *appetitus societatis*. According to Grotius it is the *appetitus societatis*, a concept of Stoic origin, which distinguishes human beings from other living beings.[56] Winkel traces the roots of this concept to Cicero[57] and more especially to Seneca.[58] He further links the *appetitus societatis* to the social contract theory, which is based on brotherly love as expounded in the writings of Locke.[59] He points out that the concept of *appetitus societatis* contributed to modern perceptions of

47 In this regard, see Kleyn & Van Niekerk Part 2 (n 2) par 1.

48 *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in hollandia vicinisque regionibus* (Leiden, 1649) *ad* Inst 1 1 3; see, also, B Beinart's translation *A Treatise on the Laws Abrogated and No Longer in Use in Holland and Neighbouring Regions* vol 1 (Johannesburg, 1974) *ad* Inst 1 1 3.

49 With notes by Simon van Groenewegen van der Made and Willem Schorer (Middelburg, 1767).

50 At 1 2 4.

51 At 1 2 5.

52 At 1 2 6: see the translation by RW Lee *The Jurisprudence of Holland* vol1 (Oxford, 1926).

53 At 1 2 6: "[D]e grondvesten zyn: anderen te doen, dat men wilde dat hemzelve geschiede". In n 10 of this text reference is made to Inst 1 1 3.

54 *Cf,* further, Winkel's description of the *praecepta* as "definitions of justice" (see above the text at n 6) and his article on the Stoic "oikeiosis" doctrine in n 24.

55 (Amsterdam, 1712).

56 *Idem* Prolegomena par 6.

57 *De finibus* 4 18: "apetensque convictum hominum ac societatem": see Laurens Winkel "Les origines antiques de l'*appetitus societatis* de Grotius" (2000) 68 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 393-403 at 400.

58 *Epistula ad Lucilium* 9 17: "Quomodo solitudinis odium est et adpetitio societatis … ": Winkel (n 57) at 400.

59 As opposed to Hobbes' negative version of the social contract, as having developed as a defence against eternal strife: Winkel (n 57) at 402; *cf*, also, Laurence Dickey "*Doux-commerce* and humanitarian values" in Hans W Blom & Laurens C Winkel (eds) *Grotius and the Stoa* (Assen, 2004) 271-317 at 279-281.

social solidarity, which influenced political thinking even before the French Revolution and places *appetitus societatis* in today's human-rights discourse.[60]

Grotius describes three different meanings of the term "ius" in book 1 of *De iure belli ac pacis*.[61] He equates the third meaning of *ius* with *lex*, which compels one to moral virtue (*obligans ad id quod rectum est*).[62] Gronovius, in a footnote to this text, links *ad rectum* to *honeste vivere* as part of the *praecepta iuris*.[63]

Arnoldus Vinnius introduces his discussion of the *praecepta iuris* by emphasising that they are not legal rules but dictates of natural law, which are embedded and sealed in our psychological experiences.[64] He notes the Stoic origins[65] of the *praecepta* and links them to the virtues of prudence (*prudentia*), self-control (*temperantia*), courage (*fortitudine*) and justice (*justitia*). *Honeste vivere* relates to self-control, *neminem laedere* to courage, and *suum cuique tribuere* to justice.

With reference to D 1 1 10*pr* and Inst 1 1*pr* Simon van Leeuwen merely repeats Ulpian's definition of justice and then goes on to explain that the maxims of law are the three *praecepta* as found in D 1 1 10 1 and Inst 1 1 3.[66]

Ulrich Huber in his *Heedensdaegse rechtsgeleertheyt*[67] follows Grotius in distinguishing between natural and positive law ("*aangeborene* en *gegevene Wet*"[68]). Like Vinnius, he explicitly states that the basic principles (*gront-regels*) of natural law are that people should live honourably, harm no one, give everyone his due and treat others as they themselves wish to be treated.[69]

In his *Commentarius ad pandectas*,[70] Johannes Voet refers to Grotius's third definition of *ius* as mentioned above, as well as Cicero's definition and that of Marcianus, who quotes Chrysippus. He importantly divides *ius* into public and private law, both being derived from the precepts of nature (*utrumque collectum ex praeceptis naturalibus*): everyone should live honourably, not injure others, and give everyone his due. Gane[71] remarks that these precepts are not rules of law, but "the promptings or warnings towards justice of jurisprudence or civil wisdom or the art of the good and the fair".

60 Winkel (n 57) at 402-403; see, also, Hans Blom & Laurens Winkel "Introduction" in Blom & Winkel (n 59) 3-20 at 7 ff.

61 At 1 1 3-9.

62 At 1 1 9.

63 See Gronovius's note in 1 1 9 n 67.

64 *In quattuor libros institutionum imperialium commentarius* (Leiden, 1726) at 1 1 3; *cf*, also, Dionysius van der Keessel *Dictata ad Justiniani institutionum libros quattuor* (edited and transcribed by B Beinart, BL Hijmans & P van Warmelo) vol 1 (Amsterdam, 1965) *ad* Inst 1.1.3.

65 Referring to Cicero and Seneca.

66 *Censura forensis* (Amsterdam, 1685) 1 1 1; see, also, his *Het Rooms Hollands-regt* (Amsterdam, 1686) 1 1 3-4.

67 (Amsterdam, 1742).

68 At 1 1 2 3.

69 At 1 1 2 8.

70 Vol 1 (Geneve, 1769) at 1 1 11.

71 Percival Gane *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects by Johannes Voet* vol 1 (Durban, 1955) at 16 n (c).

5. Conclusion

Ulpian's *praecepta iuris*, which are closely linked to his definition of justice, are placed very prominently in the first titles of Justinian's Digest and Institutes. It is commonly acknowledged that they originate in the various Greek theories on natural law, especially those of the Stoics who influenced Ulpian through the works of Cicero. Unlike the *regulae iuris*, the *praecepta iuris* are not rules of positive law, but rather ethical principles or morals that have different meanings and a different content in disparate cultures and societies. The role of the *praecepta* in the body of Roman law is disputed, but they and their Greek origins in natural law found their way into Roman-Dutch law, especially the work of Grotius. They helped shape his particular perception of natural law and the notion of *appetitus societatis*. They also found their way into South African law, as will be shown in Part 2 of this contribution.

Abstract

This article provides an historical overview of Ulpian's *praecepta iuris* and focuses on their roots in Greek philosophy and their role in Roman law. It alludes briefly to the meaning of the *praecepta* in later legal literature such as the *Glossa ordinaria* and the works of Kant. It reflects on the role of the *praecepta* in Roman-Dutch law, the common law of South Africa. In Part 2 of this contribution, we explore the influence of the *praecepta iuris* in present-day South African law, including African customary law.

ULPIAN'S *PRAECEPTA IURIS* AND THEIR ROLE IN SOUTH AFRICAN LAW PART 2: MODERN-DAY SOUTH AFRICAN PRACTICE

Duard Kleyn* and Gardiol van Niekerk**

1. Introduction

The South African legal system is multilayered. It is an uncodified, hybrid legal system, relying, apart from the Constitution, the supreme law of the land, on different sources of law such as legislation and precedent but also on common law and on African customary law. The South-African common law mainly consists of Roman-Dutch law, influenced by English common law and adapted over the centuries by local legislation and precedent. Furthermore, legal pluralism prevails: within a paradigm of state-law pluralism, the Roman-Dutch common law and constitutionally recognised African customary law[1] are applied as independent (theoretically parallel) systems of law.[2]

In South Africa the civilian tradition is dominant and is generally regarded as the essential axis of South African law. South African courts still frequently use both Roman-Dutch and Roman law as primary sources of law and academics rely on Roman law as an original source and not only as part of Roman-Dutch law. Its foundational precepts – which largely coincide with the core values of the Constitution – play an important role in legal development and law reform.[3]

Considering the importance of Roman-Dutch law as the foundation of South-Africa's legal system, an analysis of Ulpian's *praecepta iuris* is still relevant. However, given the reality of legal pluralism, no such analysis can be useful and pertinent, without considering African customary law. Thus it is also necessary to establish what the foundational principles of African customary law are, and specifically how *ubuntu* fits in with that notion.

1 See s 211(3) of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996.

2 In the context of deep legal pluralism one also finds unofficial legal systems not recognised by the state, such as religious laws (eg, Hindu, Muslim and Jewish law) and living African customary law.

3 For a more detailed exposition see GJ van Niekerk "The endurance of the Roman tradition in South African law" (2011) 4 *Studia Iurisprudentia (UniversitatisBabes-Bolyai)* available at *http //studia.law.ubbcluj.ro/articole.php?an=2011* (accessed 15 Nov 2013).

* Professor, Department of Jurisprudence, University of Pretoria.
** Professor, Department of Jurisprudence, University of South Africa.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 446-455

The High Court's *dictum* in *Bophuthatswana Broadcasting Corporation v Ramosa*[4] linked the South African Constitution, *ubuntu* and the *praecepta iuris*.[5] This is but one of numerous decisions in which *ubuntu* has featured, in various contexts and with varying content. The courts appear to be increasingly inclined to regard *ubuntu* as the perceived foundation of African customary law – its all-encompassing *praeceptum iuris* as it were.

Against the backdrop of their historical context explored in Part 1 of this contribution, we shall first briefly sketch the role of Ulpian's *praecepta iuris* in South African judicial decisions, and then explore to what extent they intersect with *ubuntu*,[6] and whether *ubuntu* encapsulates the underlying principles of African customary law.

2. Ulpian's *praecepta iuris* in the courts

In *Law Society, Transvaal v Matthews*[7] the South African Supreme Court remarked:

> 'The precepts of the law are these' says Justinian at the beginning of the *Institutes*, 'to live honourably, to injure no one and to give everyone his due'. It is obviously impossible for anyone, who is not himself prepared at least to try to order his life in accordance with these precepts, to make even a pretence of practising the law.

DH van Zyl, Romanist and retired judge of the South African High Court in his book on *Justice and Equity in Cicero*[8] observed that the *suum cuique tribuere* principle encompasses the prohibition of wrongful conduct, which in turn "paves the way for delictual … criminal ... [and] contractual liability". There is, however, a direct reference to Ulpian's *praecepta iuris* in only a few South African cases, and these principles had never been invoked with reference to African customary law or in any way linked to it until the decision in *Bophuthatswana Broadcasting Corporation v Ramosa*.[9]

Importantly, in recent judicial decisions the courts have referred to the *praecepta* within the framework of justice.[10] In *FTCK Consultants CC v Shoprite Checkers Ltd*[11] the Court remarked that the concept that everyone is entitled to claim what is rightfully his is reflected in "Cicero's concept of justice: *quae animi affectio suum cuique tribuens atque hanc quam dico societatem coniunctionis humanae munifice et aeque tuens iustitia dicitur*."[12]

4 [1997] JOL 283 (B) at 283.

5 See the discussion in Part 1 of this contribution: Duard Kleyn & Gardiol van Niekerk "Ulpian's *praecepta iuris* and their role in South African law Part 1: Historical context".

6 Space constraints do not allow an analysis of the intersection of either with constitutional principles.

7 [1989] 2 All SA 195 (T) at 202, quoting the seminal work of J Herbstein & L de V van Winsen *The Civil Practice of the Superior Courts in South Africa*.

8 (Pretoria, 1991) at 146.

9 (n 4) at 283.

10 *FTCK Consultants CC v Shoprite Checkers Ltd* [2003] JOL 11356 (T); *Fitch v SABC 1* [2009] JOL 22981 (BCCSA) in par [8].

11 (n 10) at 19-20.

12 The Court referred to Cicero *De finibus* 5 23 65-66 and noted at 19: "I have found references to the view of Cicero in 15 judgments as from 1927 to 1995, which illustrates that his views remain of importance for modern legal thinking"; for older cases see *Murdock v Bullough* 1923 TPD 495 at 508; *Isaacman v Miller* 1922 TPD 56 at 60.

In general, *suum cuique tribuere* has been invoked in cases regarding the language of instruction at school level,[13] the interpretation of statutes[14] and enrichment.[15] And in *Silberman v Hodkinson*,[16] breach of an agreement to hand over prize money to a school was held to be morally deplorable behaviour that is in conflict with Justinian's *praecepta iuris* in Inst 1 1 3.

In cases of delictual liability, both the courts and counsel have had recourse to *alterum non laedere*.[17] This principle still obtains in present-day case law, although Ulpian's precept is seldom mentioned. The courts frequently raise the imperative of *sic utere tuo ut alienum non laedas* in cases of nuisance,[18] if only in its English "give and take" version.[19] As recently as 2013, the High Court remarked in *Roseveare v Katmer; Katmer v Roseveare*[20] that "in the case of adjoining owners the relevant principles are … expressed in the legal maxims: (i) *qui jure suo utitur neminem laedit* (ii) *sic utere tuo ut alienum non laedas*", adding that it "has also been referred to as the 'neighbourly principle of toleration' interpreted as 'give and take' and 'live and let live'."

In other judicial decisions the courts, without referring directly to the *praecepta iuris*, relied on the equitable principles of Roman-Dutch law that reflect the ethos of the *praecepta*, as postulates of justice.[21] In a number of these cases, *ubuntu* has been linked to the equitable principles of the civilian tradition.[22]

13 *Swart and Nicol v De Kock Garner* 1951 (3) SA 589 (A) at 623.

14 *Patullo v Colonial Government* 1876 NLR 22 at 27.

15 *Le Roux v Van Biljon* [1956] 2 All SA 175 (T) at 179.

16 1927 TPD 562 at 573.

17 See *Blore v Standard General Insurance Co Ltd* 1972 (2) SA 89 (O) at 94; *Minister van Polisie en Binnelandse Sake v Van Aswegen* 1974 (2) SA 101 (A) at 105; *Knight v Findlay* 1934 NPD 185 at 191.

18 *Van Eck v Clyde Brickfields (Pty) Ltd* [2006] JOL 17208 (T) in par [10]; see, also, *Laskey v Showzone CC* [2007] 4 All SA 1162 (C) in par [21]; *Anglo Operations Ltd v Sandhurst Estates (Pty) Ltd* 2006 (1) SA 350 (T) at 365; *Colonial Development (Pty) Ltd v Outer West Local Council; Bailes v Town & Regional Planning Commission* [2006] JOL 17815 (N) at 34; *Sun International of Lesotho (Pty) Ltd v Zakhura* [1990] LSCA 71 in par [6]. In *Waterhouse Properties CC v Hyperception Properties 572 CC* [2008] JOL 21071 (O) at 6, the Court remarked that this maxim forms the "essence of common-law nuisance".

19 *Cf*, also, *Allaclas Investments (Pty) Ltd v Milnerton Golf Club* 2008 (3) SA 134 (SCA) in par [21]; *PGB Boerdery Beleggings Edms Bpk v Somerville 62 (Edms) Bpk* 2008 (2) SA 428 (SCA) in par [9].

20 [2013] JOL 30141 (GSJ) in par [20].

21 See, eg, *Le Roux v Dey* 2011 (3) SA 274 (CC) in pars [198]-[199]. In *Edouard v Administrator, Natal* 1989 (2) SA 368 (D), in an action for damages for breach of contract, the notion of *honeste vivere* came to the fore in the following remark: "That sound morality and civic honesty are cornerstones of the social edifice is a truism which needs no reinforcement by argument" (at 378). *Cf*, also, *Barkhuizen v Napier* 2007 (5) SA 323 (CC) in par [75] where the Court noted that the maxim *lex non cogit ad impossibilia* (D 50 17 185) "derives from the principles of justice and equity which underlie the common law"; see, also, pars [82] and [83]; *cf*, further, *Brisley v Drotsky* 2002 (4) SA 1 (SCA) in par [69].

22 See, eg, *Le Roux v Dey* (n 21) in par [197]; *Dikoko v Mokhatla* 2006 (6) SA 235 (CC) in par [16].

The courts often emphasise the enduring value of the fundamental principles of the law.[23] In *Willis Faber Enthoven (Edms) Bpk v Receiver of Revenue*[24] Hefer JA acknowledged that these principles should play a role in legal development: "Roman-Dutch law is 'a virile living system of law, ever seeking, as every such system must, to adapt itself consistently with its inherent basic principles to deal effectively with the increasing complexities of modern organised society'."

3. *Ubuntu*

Academic discussions on the concept of fundamental principles underlying the law are not limited to the *praecepta iuris* in Roman law and in the civilian legal systems. A similar discourse is to be found in the socio-legal writings of academics who study the interaction of legal systems in multicultural societies where legal pluralism prevails.[25] In that discourse, two ideal types of foundational principles or jural postulates may be distinguished, namely diffuse and specific postulates.[26] The latter are principles that relate to specific legal rules, while the former coincide with Ulpian's concept of *praecepta iuris* as these have evolved over the years in the writings of Roman-law scholars.[27] Like the *praecepta iuris*, they are seen as a starting point for legal reasoning.[28] The diffuse postulates are considered as pre-legal axioms that have crystallised as self-evident truths

23 Eg, in *S v Zuma* 1995 (2) SA 642 (CC) in par [18] the Court stressed that in the new constitutional dispensation "the principles of law which have hitherto governed our courts" should not be ignored as they "obviously contain much of lasting value".

24 [1992] 4 All SA 62 (AD) at 72, quoting Lord Tomlin in the seminal case of *Pearl Assurance Company Limited v Government of the Union of South Africa* 1934 AC 570. In the Namibian case of *S v Tcoeib* 1 SACR 274 (NM) at 286, the Court regarded the precept of *alterum non laedere* as important enough to be included in a bill of rights. There is a strong link between the legal history of South Africa and that of Namibia, which also has a civilian tradition.

25 See, eg, EA Hoebel *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics* (Cambridge, 1954); Roscoe Pound *Social Control through Law* (Hamden, Conn, 1968) Masaji Chiba *Legal Pluralism Toward a General Theory through Japanese Legal Culture* (Tokyo, 1989) (hereafter Chiba *Legal Pluralism*); Masaji Chiba "Legal pluralism in Sri Lankan society: Toward a general theory of non-western law" (1993) 33 *J of Legal Pluralism and Unofficial Law* 197-212; Elise Nalbandian "Sociological jurisprudence: Roscoe Pound's discussion on legal interests and jural postulates" (2011) 5(1) *Mizan LR* 141-149.

26 Chiba *Legal Pluralism* (n 25) at 94-95.

27 Laurens Winkel "The role of general principles in Roman law" (1996) 2(1) *Fundamina* 103-120 at 104 regards them as "definitions of justice". See, further, the various translations of D 1 1 10 1 ("Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere") and Inst 1 1 3: In his *The Digest of Justinian* vol 1 (Philadelphia, Penn, 1985), Alan Watson translates *praecepta iuris* as "basic principles"; JAC Thomas *The Institutes of Justinian. Text Translation and Commentary* (Cape Town, 1975) as "precepts of law"; JE Spruit *et al Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling* vol 2 ('s-Gravenhage, 1994) as "grondbeginselen van het recht"; AC Oltmans *De instituten van Justinianus. Vertaling, tabellen en register* (Haarlem, 1967) as "grondregels van het recht"; TC Sandars *The Institutes of Justinian* (London, 1934) as "maxims of the law": see Part 1 of this contribution (n 5) par 2.

28 Pound (n 25) at 112; *cf*, also, Nalbandian (n 25) at 145 ff. Chiba *Legal Pluralism* (n 25) at 87, 138-140, 178 describes these foundational postulates of law as a separate tier of law, with official and unofficial law as the other two in his three-tier paradigm of law.

based on societal views on what is desirable and what is not. These societal values are encapsulated in the concept of *ubuntu*, which is in turn linked to the idea of natural law.[29] In this article, we concentrate on the diffuse postulates or fundamental principles of African customary law. They are "harmony of the collectivity", "superhuman[30] forces are superior to man", and the "identity postulate".[31]

The first question is whether *ubuntu* should be added to this model of fundamental principles. In order to answer this we have to establish what exactly *ubuntu* means. Of course, one runs the risk of imposing typically "European" or "Western" ideas on an essentially African concept when trying to describe *ubuntu* by analogy with a characteristically "western" concept, and thereby stripping it of its "Africanness". Thus it is necessary to postulate *ubuntu* in the context of the world view[32] of the indigenous African people, according to which the world is an integrated harmonious whole of nature, life on earth and the after-life. The traditional African world view focuses on the notion that the interests of the individual and of society are inextricably linked and are connected to a harmonious relationship with the ancestors and with nature.[33]

Ubuntu has featured in a plethora of academic materials and in many judicial decisions[34] and has crystallized as either a human attribute or an abstract idea, encompassing a philosophy or ethos.[35] It is the latter connotation that has distinguished it as the source of African values and the bedrock of the underlying principles of African

29 *Cf* Part 1 of this contribution (n 5) par 4 for Grotius's perception of natural law.

30 It is preferable to refer to ancestral spirits, witches, nature spirits, the Supreme Being, and so forth as "superhuman" rather than "supernatural" (which is generally in Western thought linked to superstition) as these all form part of the African cosmology. These beings are directly linked to living humans, usually through the ancestors; *cf*, JS Mbiti *African Religions and Philosophy* (London, 1990) at 83; Kenneth Kaunda *A Humanist in Africa* (London, 1966) at 29. *Cf*, also, Ilze Keevy "Ubuntu: Ethnophilosophy and core constitutional value(s)" in Frank Diederich (ed) *Ubuntu, Good Faith and Equity Flexible Legal Principles in Developing a Contemporary Jurisprudence* (Claremont, 2011) 24-49 at 39-40; Dion A Forster "A generous ontology: Identity as a process of intersubjective discovery. An African theological contribution" (2010) 66(1) *HTS Teologiese Studies/Theological Studies* available at *http //www.hts.org.za/index.php/HTS/article/view/731/1132* (accessed 14 Nov 2013).

31 These postulates intersect not only with the core values in Japanese law but also with those of Confucianism (although some key differences may be discerned); see the discussion by Daniel Bell & Thaddeus Metz "Confucianism and ubuntu: Reflections on a dialogue between Chinese and African traditions" (2011) 38 *J of Chinese Philosophy* 78-95 at 81 ff.

32 WD Hammond-Tooke *Rituals and Medicines. Indigenous Healing in South Africa* (Johannesburg, 1989) at 33 explains that "world view" may be defined as "a (cognitive) attempt to make sense of the world, and impose meaning on it". Besides intellectual statements to explain the world and life, a world view comprises concepts and beliefs, with a strong emotional content, about the sense of being and thus comprises subjective value systems.

33 *Cf*, also, Keevy (n 30) at 33-36.

34 This is confirmed by the seminal constitutional cases that have "revived *ubuntu* as an active and central constitutional principle": see Part 1 of Drucilla Cornell & Nyoko Muvangua (eds) *Ubuntu and the Law African Ideals and Postapartheid Jurisprudence* (New York, 2012) at 2.

35 See GJ van Niekerk "*Amende honorable* and *ubuntu*: An intersection of *ars boni et aequi* in African and Roman-Dutch jurisprudence?" (2013) 19(2) *Fundamina* 397-412 at 399-402.

customary law.[36] *Ubuntu* should thus not be regarded as a fundamental principle, but rather as the ethical foundation of the fundamental principles. *Ubuntu* may therefore be linked to the African natural-law doctrine (which resembles the Stoic notion of natural law[37]) as the foundation of the *praecepta iuris*. Sanders[38] equates the African natural-law doctrine, or "ideal aspect of law", with the "ethic of African social solidarity", a concept that has come to the fore in many of the varied judicial interpretations of *ubuntu*.

This is not unlike Grotius's idea of the *appetitus societatis* in his *De iure belli ac pacis*.[39] According to Winkel, the concept of *appetitus societatis* contributed to modern views of social solidarity that influenced political thinking even before the French Revolution.[40] However, he takes this idea a step further and links the *appetitus societatis* with the social contract theory expounded in the writings of Locke.[41] It is tempting to use the concept of the social contract, flowing from brotherly love, as an analytical tool to explain *ubuntu*. Yet, if perceived in the Hobbesian paradigm as a defence against eternal strife, there is an undeniable tension between the social contract theory and *ubuntu*.[42] Cornell & Muvangua[43] reject any attempt to posit *ubuntu* in the paradigm of either of the social contract theories: "*uBuntu* ... does not conceive of a social bond as one that precedes through an imagined social contract", denying the separateness of individuals in the African context: "The *ubuntu* human beings are intertwined in a world of ethical relations and obligations from the time they are born ... the social bond, then, is not imagined as one of separate individuals."

36 Mokgoro J describes it as encompassing "key values" of African customary law: *Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC) in par [308]; see, also Y Mokgoro "Ubuntu as a legal principle in an ever-changing world" in Diederich (n 30) 1-2 at 1; *cf*, further, Drucilla Cornell "A call for a nuanced constitutional jurisprudence: South Africa, *ubuntu*, dignity and reconciliation" in Cornell & Muvangua (n 34) 324-332 at 326-328.

37 See Costas Douzinas *The End of Human Rights Critical Legal Thought at the Turn of the Century* (Oxford, 2000) at 31; *cf*, also, Christopher Roeder & Darrel Moellendorf *Jurisprudence* (Lansdowne, 2004) at 34-35: see the discussion in Part 1 of this contribution (n 5) par 3 at n 26. In D 12 6 14, eg, Pomponius states that "it is only in accordance with natural equity that no one should profit financially by the injury of another." This illustrates the link between the *praeceptum* of *non laedere* and natural law.

38 As AJGM Sanders "On African socialism and natural law thinking" (1978) 11 *Comparative and International LJ of Southern Africa* 68-75 at 68 refers to natural law; and see 72-73.

39 (Amsterdam, 1712); see the discussion in Part 1 of this contribution (n 5) par 4. In his *Inleiding tot de hollandsche rechtsgeleerdheid* (Middelburg, 1767), Grotius distinguishes between natural and positive law, stating that natural law is inherent in humankind and enables a person to differentiate between what is honourable and dishonourable (1 2 4-5).

40 Laurens Winkel "Les origines antiques de l'*appetitus societatis* de Grotius" (2000) 68 *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 393-403 at 402-403; see, also, Hans Blom & Laurens Winkel "Introduction" in Hans W Blom & Laurens C Winkel (eds) *Grotius and the Stoa* (Assen, 2004) at 7 ff.

41 Winkel (n 40) at 400; *cf*, also, Laurence Dickey "*Doux-commerce* and humanitarian values" in Blom & Winkel (n 40) at 279-281; see Part 1 of this contribution (n 5) par 4.

42 *Cf*, Cornell (n 36) at 328.

43 (n 34) at 3.

Ubuntu nevertheless entails more than social solidarity or even communitarianism.[44] The most quoted African proverb relating to *ubuntu* is "a person is a person through other persons".[45] This proverb captures the essence of *ubuntu*: individuals are not islands unto themselves but interdependent,[46] and there is a symbiotic relationship between the individual and the community.[47] Justice Mokgoro's explanation of *ubuntu* encapsulates the "key values" of African customary law as "group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity"[48] and, importantly, "respect for the basic norms of human and social inter-dependence".[49] The connection with restorative justice[50] and societal harmony is only natural.[51]

It is necessary to bear in mind, though, that the courts do not distinguish between *ubuntu* and the underlying postulates of African customary law, and that they use *ubuntu* as a generic term for the postulates.

4. An intersection of Ulpian's *praecepta iuris* and the jural postulates of African customary law

Winkel[52] contends that Ulpian's *praecepta iuris* are "so abstract that they come close to formal criteria",[53] and that they are universally valid and may be regarded as natural law. Gaius, who was himself influenced by Cicero, likewise stated that there are certain legal rules (*ius gentium*) that are accessible and understandable to all.[54] However, Winkel is alive to the cultural relativity of perceptions of the underlying principles of law, and

44 *Cf*, *idem* at 3-7.

45 "umuntu ngumuntu ngabantu"; see, also, *S v Makwanyane* (n 36) in par [308]; *MEC for Education KwaZulu-Natal v Pillay* 2008 (1) SA 474 (CC) in par [53]; *cf*, further, Cornell & Muvangua (n 34) at 3.

46 *MEC for Education KwaZulu-Natal v Pillay* (n 45) in par [53].

47 This may be likened to the Japanese idea that "I" and "we" are not regarded as in conflict with each other but that "[t]here can be no 'I' without a 'we', nor conversely, a 'we' without a set of 'I's'": see JC Smith "Ajase and Oedipus: Ideas of the self in Japanese and Western legal consciousness" (1986) *University of British Columbia LR* 341-377 at 354.

48 *S v Makwanyane* (n 36) in par [308].

49 *Dikoko v Mokhatla* (n 22) in par [69]. These aspects have also come to the fore in *Makwanyane* (n 36) in pars [237], [263] and [308]. In par [227], Justice Langa described it as "something to be desired, a commendable attribute which the nation should strive for".

50 See, eg, *Le Roux v Dey* (n 21) in par [197]; *Dikoko v Mokhatla* (n 22) in pars [69], [86], [105], [114]-[116].

51 See, eg, *Dikoko v Mokhatla* (n 22) in pars [68], [69].

52 Marc A Loth & Laurens Winkel "Reasonableness in a divided society" (2009) 2 *De Jure* 302-315 at 311.

53 He notes that in his *Metaphysik der Sitten* Kant views the *praecepta* as the *lex iuridica*: *idem* at 311-312.

54 Inst 1 1: "the law that natural reason establishes among all mankind is followed by all peoples alike, and is called *ius gentium* (law of nations, or law of the world) as being the law observed by all mankind"; he has been influenced by Cicero's seminal text on natural law in his *De re publica* 3 22: I Kant *Die Metaphysic der Sitten; Erster Theil Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* vol 6 *Gesammelte Schriften* (Berlin, 1914) at 310-311.

confirms this through an example from colonial history that illustrates how differently the Dutch East India Company and the indigenous people of Indonesia interpreted Grotius' *promissorum implendorum obligatio* (*pacta sunt servanda*).[55] It is not surprising that the South African courts also acknowledge: "[c]ommunity values and concepts of morality differ from period to period and from one country to another".[56] Of importance here is the oft-quoted *dictum* of Davis J in *Mort NO v Henry Shields-Chiat*:[57] "While Roman-Dutch law may well supply the conceptual apparatus for our law, the *content with which concepts are filled* depends on an examination of the legal conviction of the community – a far more difficult task" (our emphasis).

This does not mean that these *praecepta* have lost their relevance to modern legal theory. It is possible that the individual precepts of *honeste vivere*, *alterum non laedere* and *suum cuique tribuere* may overlap in different societies and different periods. This is illustrated below by some practical examples from South African law.

The first fundamental postulate of African law referred to above is harmony of the collectivity. The idea that equilibrium in the community should be maintained filters through all aspects of African culture, including law. Disputes upset relationships and threaten the coherence of the community and impact on the relationship with the ancestors.[58] Harmony and solidarity are regarded as crucial virtues that should be pursued above all else.[59] That the precepts of living honestly, not causing harm to another and giving everyone his due, fit into the larger aim of maintaining equilibrium, is not implausible, bringing the African postulates within the fold of Ulpian's three *praecepta* – or vice versa.

Nevertheless, one has to bear in mind that perceptions of justice and concomitantly the interpretation of the *praecepta iuris* are in principle culturally bound. The content of the *praecepta* may accordingly differ in different cultures, but may also differ in a single homogeneous culture over time.

Roscoe Pound's postulate that "[i]n civilized society men must be able to assume that others will commit no intentional aggressions upon them"[60] coincides with Ulpian's *alterum non laedere* and is *prima facie* consonant with *ubuntu* and as such compatible with the jural postulates of African customary law. However, there are some differences

55 Winkel (n 52) at 312; he mentions, further, the differing interpretations of the concept of *damni culpa dati reparatio* and unjustified enrichment.

56 *Edouard v Administrator, Natal* (n 21) at 376.

57 2001 (1) SA 464 (C) at 474J-475F; *cf Brisley v Drotsky* (n 21) in par [69]; *Barkhuizen v Napier* (n 21) in par [40].

58 Forster (n 30); Keevy (n 30) at 39-40; EAR Omi & KC Anyanwu *African Philosophy. An Introduction to the Main Philosophical Trends in Contemporary Africa* (Rome, 1981)141-143; *cf*, also, MN Darboe *The Interaction of Western and African Traditional Systems of Justice The Problem of Integration. (A Case Study of the Gambia)* (PhD, University of Pennsylvania, 1982) at 105-106.

59 There is a *prima facie* resemblance between the ethic of African solidarity and the Stoic notion of kinship (on the latter see Douzinas (n 37) at 31: *cf* Part 1 of this contribution (n 5) at n 26) as echoed in the emphasis on solidarity in Cicero's philosophy of justice in his *De finibus* 5 23 65-66.

60 Pound (n 25) at 113. He does not distinguish between jural postulates as underlying principles of law (as in Ulpian's *praecepta iuris*) and the rules deduced from law in practice as in the *regulae iuris* of D 50 17.

between conceptions of this postulate in the living African customary law and those in Western societies. In the living African customary law intentional aggression, in the form of self-help, to attain private satisfaction for a delict or public satisfaction for a crime is acceptable and has no legal consequences.[61] Such actions are regarded as a means of restoring equilibrium in the group and with the ancestors.[62]

However, this occurs in Roman law too. Three examples will suffice: The *regulum iuris* of D 50 17 55 (no one is considered to commit a fraud who does what he has a right to do) is not compatible with the *praeceptum* of *alterum non laedere*.[63] Thus, according to D 39 3 1 1, a person would not have an action against his neighbour who had redirected water from his land, and so deprived him of its use.[64] Likewise, according to D 39 2 24 12 there is no action against a person who intercepts his neighbour's water by digging a well on his own property.[65] *Alterum non laedere* is further not compatible with D 4 4 16 4: "Pomponius also states with reference to the price in a case of purchase and sale, that the contracting parties are permitted to take advantage of one another in accordance with natural law."

Nevertheless, in Roman law this *praeceptum* is, for example, compatible with the *regula*: "It is but just, and in accordance with the Law of Nations that no one, by the commission of an injury, can be enriched at the expense of another."[66] In addition, *honeste vivere* corresponds with the *regula*: "In matrimonial unions, not only what is lawful but also what is honorable should be considered."[67] Besides, while in practice African customary law is sometimes inconsistent with the concept of *alterum non laedere*, this concept nevertheless forms the foundation of other rules or specific postulates of African customary law.[68]

61 See Max Gluckman *African Traditional Law in Historical Perspective* Radcliffe-Brown Lecture in Social Anthropology (London, 1974) at 29-40; AC Myburgh *Papers on Indigenous Law* (Pretoria, 1985) at 14, 18-23, 113-116 and the examples discussed at 31-49.

62 For example, an adulterer or thief caught red-handed may be thrashed. (Of course, this principle also obtained in ancient Roman law, where the thief who had been caught red-handed could be killed: see XII Tables 8 12 and 8 13.) Nor did any sanction attach to those who killed witches or sorcerers. The practice of sorcery and witchcraft (and the associated witch killings) is common throughout South Africa and the belief in magic is still strong: see, generally, the Human Sciences Research Council's report on witch killings published as A Minnaar, D Offringa & C Payze *To Live in Fear Witch Burning and Medicine Murder in Venda* (Pretoria,1992).

63 *Cf* Ernst Levy "Natural law in Roman thought" in Wolfgang Kunkel & Max Kaser (eds) *Ernst Levy Gesammelte Schriften* vol 1 (Köln, 1963) at 17.

64 *Cf*, also, *Pappalardo v Hau* 2010 (2) SA 451 (SCA) for a practical example of the tension between the principle of *alterum non laedere* and D 39 3.

65 "For there was no reason to believe that ... [he] caused ... damage through any defect of [his] work, where ... [he] was only making use of a right to which ... [he] was entitled."

66 D 50 17 206.

67 D 50 17 197.

68 See the text above at n 58.

5. Conclusion

The continued relevance of Ulpian's *praecepta iuris* in present-day South African law confirms the endurance of the scientific system of Roman law. Despite the fact that these principles in essence originate in "Western" legal theory, they can play a valuable role as an analytical tool in African jurisprudence. However, this can only happen if they are considered within the African world view, since their interpretation is culturally bound. The *praecepta* may also be relevant when we seek common ground for a convergence of the predominant civilian common law and African customary law.

Abstract

This article investigates the role of Ulpian's *praecepta iuris* in modern-day South African law against the background of their historical development, as expounded in Part 1 of this contribution. The South African High Court has perceived a link between the African notion of *ubuntu* and the *praecepta iuris.* In view of the prevailing legal pluralism, the relevance of these *praecepta* for African customary law is explored as well as their intersection with the fundamental postulates of African customary law and *ubuntu*.

ZUR MITTELBAREN *INIURIA*

Georg Klingenberg*

1. Einleitung

Sowohl in den gaianischen als auch in den justinianischen Institutionen findet sich die Unterscheidung zwischen einer unmittelbar und einer mittelbar[1] erlittenen *iniuria*:

> Gai. 3.221: *Pati autem iniuriam uidemur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros, quos in potestate habemus, item per uxores nostras, quamuis in manu nostra non sint; itaque si ueluti filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, uerum etiam meo quoque et Titii nomine.*
>
> I. 4.4.2: *Patitur autem quis iniuriam non solum per semet ipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam, id enim magis praevaluit. itaque si filiae alicuius, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum iniuriarum agi potest, sed etiam patris quoque et mariti nomine.*

Als Beispiel wird die *iniuria* an einer *nupta filia* gebracht, die in der Gewalt ihres *pater familias* verblieben ist und daher nicht in der *manus* ihres *maritus* steht. Hinsichtlich der Klageführung *filiae nomine* ist zu bedenken, dass eine gewaltunterworfene Person nur unter den Voraussetzungen des Edikts „*Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*“[2] – nämlich bei *absentia* des *pater* und Nichteinschreiten eines *procurator*

1 Der Terminus mittelbare *iniuria* geht auf die Pandektistik zurück: F. Puchta, *Pandekten*[7] (Leipzig 1853) 551; R. Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Injuriensystems* (Breslau 1903) 47ff.

2 D. 47.10.17.10 (Ulp. 57 *ad ed*.); dazu O. Lenel, *Edictum Perpetuum*[3] (Leipzig 1927, Nachdruck Aalen 1974) 402f; G. Micolier, *Pécule et capacité patrimoniale* (Lyon 1932) 635ff; S. Solazzi, *Sulla capacità patrimoniale del filius familias di stare in giudizio*, in: *Scritti di diritto romano* I (Napoli 1955) 42ff; G. Lavaggi, „*Iniuria*“ *e* „*obligatio ex delicto*“, in: SDHI 13/14 (1947/48) 188ff; M. Kaser, *Über Verfügungsakte Gewaltunterworfener*, in: SDHI 16 (1950) 70; G. Pugliese, *Il processo civile romano II*: *Il processo formulare* (Milano 1963) 286f; R. Wittmann, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in: ZSS 91 (1974) 339; J. Plescia, *The Development of Iniuria*, in: *Labeo* 23 (1977) 285; E. Polay, *Iniuria Types in Roman Law* (Budapest 1986) 154f; M. Hagemann, *Iniuria. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation* (Köln-Weimar-Wien 1998) 60.

* Emeritierter Universitätsprofessor, Johannes-Kepler-Universität Linz.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 456-466

für ihn – selbst klagen und dafür auch selbst einen *procurator* bestellen[3] kann. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so kann der Gewalthaber in einer kombinierten Klageführung sowohl die unmittelbare *iniuria* am Hauskind als auch die mittelbar erlittene eigene *iniuria* geltend machen[4], wobei die eine Klageführung als *filii nomine*, die andere als *suo* (= *patris*) *nomine* bezeichnet wird[5]. Das in den Institutionenstellen gebrauchte Passiv *agi potest* ist daher hinsichtlich der *filia* wohl bewusst gewählt, da es von den ediktalen Umständen abhängt, ob es zu einer Klageführung durch die *filia* selbst oder durch den *pater* kommt.

Mit den Klageführungen *patris* bzw *mariti nomine* wird die mittelbar erlittene *iniuria* verfolgt. Auch andere Belege sprechen davon, dass der *pater* bzw der *vir* jeweils *suo nomine agat*[6].

Ich konzentriere mich auf die mittelbare *iniuria*, die über Angehörige vermittelt wird. Für die *iniuria*, die dem *dominus* aus Tathandlungen gegen seine Sklaven[7] entsteht, gibt es eigene Ediktsbestimmung, worin der Prätor aus den Tatbeständen des *verberare contro bonos mores* und *quaestionem habere iniussu domini* eine *actio* verheißt[8]. Bezüglich der *iniuria* an Hauskindern oder einer *uxor* gibt es keine eigenen Tatbestände; ediktaler Regelungsgegenstand war nur – wie oben erwähnt – die Frage, ob ein Gewaltunterworfener auch selbst klagen kann[9].

Ich freue mich, die folgenden Ausführungen dem verehrten Jubilar widmen zu können, dem unsere Wissenschaft so viel verdankt und dem ich seit langem verbunden bin.

2. Die Vermittlungskriterien für die mittelbare *iniuria*

Ulpian erwähnt zwei Vermittlungskriterien, nämlich *potestas* und *affectus*:

> D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 *ad ed*.): *Item aut per semet ipsum alicui fit iniuria aut per alias personas. per semet, cum directo ipsi cui patri familias vel matri familias fit iniuria: per alias, cum per consequentias fit, cum fit liberis meis vel servis meis vel uxori nuruive: spectat enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint.*

3 Aus D. 3.3.8 pr (Ulp. 8 *ad ed*.) ergibt sich, dass dies sowohl für einen *filiusfamilias* als auch für eine *filiafamilias* gilt.

4 D. 47.10.41 (Ner. 5 *membr*.); D. 3.3.39.4 (Ulp. 9 *ad ed*.).

5 D. 47.10.1.5 (Ulp. 56 *ad. ed*.).

6 D. 47.10.18.2 und 5 (Paul. 55 *ad ed*.); ähnlich D. 47.10.1.8 (Ulp. 56 *ad ed.*): „*habere me meo nomine actionem*".

7 Während Gaius noch schreibt, daß *servo autem ipsi nulla iniuria intellegitur fieri* (Gai. 3.222), spricht Ulpian davon, daß *hanc enim et servum sentire palam est*: D. 47.10.15.35 (Ulp. 57 *ad ed*.). Zur Frage der passiven *iniuria*-Fähigkeit von Sklaven J.H. van Meurs, *Iniuria ipsi servo facta*, in: *TR* 4 (1923) 278ff ; F. Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* (Wien-Köln-Graz 1969) 83ff; R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 341ff; M. Hagemann, *Iniuria* 85ff.

8 D. 47.10.15.34 (Ulp. 77 [recte 57] *ad ed*.); Dazu O. Lenel, *Edictum Perpetuum* 401; F. Raber, *Injurienansprüche* 77ff; R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 339ff; M. Hagemann, *Iniuria* 81.

9 R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 339.

Der Hinweis auf den *affectus* ist zwar von Albertario als byzantinisch verdächtigt worden[10] und auch das Gemeinsame der von Ulpian vorher gebrachten Beispiele (*liberi, servi, uxor, nurus*) ist wegen der Miterwähnung des *servus* eher die *potestas* als der *affectus*. Dennoch halte ich den Hinweis auf den *affectus* durchaus für klassisch, denn zum einen können sich *potestas* und *affectus* überlagern; zum andern zeigt die Gewährung der *actio iniuriarum* an den Mann im Fall der *iniuria* an der *uxor* auch in der manusfreien Ehe, dass es nicht ausschließlich auf ein Gewaltverhältnis ankommt, sondern der *affectus maritalis* einen eigenständigen Anknüfungspunkt bildet: Wenn auch in den Justinianischen Institutionen (I. 4.2.2) noch die Spur einer zunächst kontroversiellen Sicht erkennbar ist ("*... item per uxorem suam. id enim praevaluit*"[11]), so erwähnt Gai. 3.221 nichts davon. Im gleichen Sinn erwähnen auch die Paulus-Sentenzen Kinder und Ehegattin als Mittelspersonen für eine *iniuria*: Bezeichnend ist, dass bei den Kindern zusätzlich das Bestehen des Gewaltverhältnisses verlangt wird, bei der Ehegattin hingegen nicht:

> PS. 5.4.3[12]: *Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare ....*

Der von Ulpian erwähnte *affectus* ist allein freilich nicht als Vermittlungskriterium ausreichend, sondern nur im Zusammenhang mit einer Schutzpflicht, die entsprechend den gesellschaftlichen Vorstellungen[13] der Römer nur dem Mann gegenüber der Frau, aber nicht der Frau hinsichtlich des Mannes zukommt:

> D. 47.10.2 (Paul. 55 *ad ed.*): *Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.*[14]

Ähnlich ist es im Verlöbnis: Aus einer unsittlichen Nachstellung (*adtemptata pudicitia*), die ein Dritter gegenüber einer *sponsa* begeht, erlangt nicht nur sie selbst, sondern auch der *sponsus* die *actio iniuriarum*:

> D. 47.10.15.24 (Ulp. 77 [recte 57] *ad ed.*): *Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat.*

3. Kumulation und Verschiedenheit der *aestimatio*

> D. 47.10.1.9 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Idem ait Neratius ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem neque ullius actionem per alium consumi. ut puta uxori meae filiae familias iniuria facta est: et mihi et patri eius et ipsi iniuriarum actio incipiet competere.*

10 E. Albertario, *Infanti proximus e pubertati proximus* in: *Studi di diritto romano* I (Milano 1933) 83 FN 1 (85).

11 Vgl. Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht* (Leipzig 1899, Nachdruck Graz 1955) 799 FN 4.

12 Zu dieser Stelle unten S. 454.

13 E. Höbenreich, *Familie und Gesellschaft*, in: E. Höbenreich–G. Rizzelli, *Scylla. Fragmente einer juristischen Geschichte der Frauen im Antiken Rom* (Wien-Köln-Weimar 2003) 18.

14 R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 305 hat klargestellt, dass *aequum est* nichts mit der *bonum et aequum*-Klausel der Formel zu tun hat.

Auch Neraz behandelt den Schulfall der *iniuria* an einer *nupta filia familias* und lässt hier eine Kumulation zu[15], so dass den Täter eine dreifache – freilich in jeder *actio* verschieden hohe – Buße trifft.

Dass auch für die *filia* die Ausdrucksweise *et ipsi iniuriarum actio incipiet competere* gebraucht wird, darf nicht in dem Sinn verstanden werden, dass sie auch in jedem Fall tatsächlich selbst die Klageführung übernimmt; denn auf dem Hintergrund des Edikts „*Si ei, qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur*" ist davon auszugehen, dass zunächst die Klageführung durch den Gewalthaber erfolgt. Von einer vorrangigen Klageführung durch den *pater* geht Neraz auch in einem direkt überlieferten Fragment aus:

> D. 47.10.41 (Ner. 5 *membr*.): *Pater, cuius filio facta est iniuria, non est impediendus, quo minus duobus iudiciis et suam iniuriam persequatur et filii.*

Der Gewalthaber hat je eine *actio* aus seiner eigenen mittelbaren Deliktsbetroffenheit[16] als auch aus der unmittelbaren Deliktsbetroffenheit seines *filius*. Er kann beide *actiones* kumulieren.

Besonders aussagekräftig hinsichtlich der Unabhängigkeit der Klagen und der Kumulation ist auch:

> D. 47.10.18.2 (Paul. 55 *ad ed*.)[17]: *Si nupta filia familiae iniuriam acceperit et vir et pater iniuriarum agant, Pomponius recte putat tanti patri condemnandum esse reum, quanti condemnetur, si ea vidua esset, viro tanti, quanti condemnaretur, si ea in nullius potestate esset, quod sua cuiusque iniuria propriam aestimationem haberet. et ideo si nupta in nullius potestate sit, non ideo minus eam iniuriarum agere posse, quod et vir suo nomine agat.*

Zunächst geht es um eine *nupta filia familias*: Bei der *aestimatio* der *iniuria*, die der Vater erlitten hat, soll die Tatsache der Ehe unberücksichtigt bleiben, umgekehrt soll bei der *aestimatio* im Verfahren, welches der *maritus* gegen den Täter anstellt, die Tatsache der Gewaltunterworfenheit der Frau nicht berücksichtigt werden.

Auch der zweite Teil, in dem es um eine *iniuria* an einer Ehefrau *sui iuris* geht, bestätigt die Kumulation: Eine *actio* der Frau aus ihrer selbst erlittenen Kränkung wird keineswegs dadurch ausgeschlossen, daß auch ihr Mann *suo nomine* – dh. aus der mittelbar erlittenen *iniuria* – klagen kann.

Auch für die *iniuria* am *filiusfamilias* wird die Verschiedenheit der *aestimationes*[18] betont:

> D. 47.10.30.1 (Ulp. 42 *ad Sab*.): *Si filio iniuria facta sit, cum utrique tam filio quam patri adquisita actio sit, non eadem utique facienda aestimatio est, ...*

15 E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen Römischen Recht* I (Berlin 1918, Nachdruck Aalen 1964) 508; G. Lavaggi, SDHI 13/14 (1947/48) 147; F. Raber, *Injurienansprüche* 168.

16 Wie aus D. 47.10.1.8 (Ulp. 56 *ad ed*.) hervorgeht, bezeichnet Neraz eine solche Klageführung als „*meo nomine*".

17 Vgl. E. Levy, *Konkurrenz* I 509; M. Hagemann, *Iniuria* 223.

18 So auch G. Lavaggi, SDHI 13/14 (1947/48) 142.

D. 47.10.31 (Paul. 10 *ad Sab*.): *cum possit propter filii dignitatem maior ipsi quam patri iniuria facta esse.*

Der Gedanke der *maior dignitas* findet sich auch als Argument zur Begründung der eigenen Klageführung des Sohnes nach dem Edikt:

D. 47.10.17.13 (Ulp. 57 *ad ed*.): *Interdum tamen putamus et si pater remittat, iniuriarum actionem filio dandam, ut puta si patris persona vilis abiectaque sit, filii honesta: neque enim debet pater vilissimus filii sui contumeliam ad suam vilitatem metiri. ponamus esse eum patrem, cui iure meritoque curator a praetore constitueretur.*

Die gegen die Stelle vorgebrachten Verdächtigungen[19] überzeugen nicht, Sie stützen sich teilweise auf stilistische Kriterien[20], vor allem aber auf den Widerspruch zum vorangegangenen § 12, worin zunächst ausgeführt wird, dass ein Absehen des *pater praesens* von der Klageführung durch *remittere iniuriam* auch den Sohn bindet, und eine *ratio* für die ediktale Klagegewährung an den *filius* selbst geboten wird[21]. Gerade das den § 13 einleitende *interdum* zeigt jedoch, dass sich Ulpian des Ausnahmecharakters durchaus bewusst ist, zudem ist es auch keineswegs verdächtig, wenn in einer Kommentierung einer Ediktsbestimmung deren Anwendungsbereich eingegrenzt wird. Auch der Schlusssatz ist nicht unlogisch, weil er auf eine Situation verweist, in der dem *pater* ein *curator* bestellt werden könnte („*constitueretur*"), nicht aber auf eine, in der er bereits einen *curator* hat.

4. Zur Beurteilung des subjektiven Elements bei der mittelbaren *iniuria*

Das Wesen der *iniuria* liegt nach einer auf Labeo zurückgehenden Auffassung in der *contumelia*[22]. Dies gilt auch für die Verwirklichung der mittelbaren *iniuria*. So heißt es in der bereits oben wiedergegebenen Stelle D. 47.10.15.24 (Ulp. 77 [recte 57] *ad ed*.)[23] bezüglich der an der *sponsa* verübten *iniuria*-Handlung: *spectat enim ad contumeliam eius* (scil. des *sponsus*). Eine ähnliche Formulierung, nämlich ad *spectat ad nos*, findet

19 S. Solazzi, Scritti I 43; G. Micolier, *Pécule e capacité patrimoniale* 645 FN 43; E. Albertario, *Actiones e interdicta*, in: *Studi di diritto romano* IV (Milano 1946) 130 FN 5 (133); G. Lavaggi, SDHI 13/14 (1947/48) 91f.

20 S. Solazzi, Scritti I 43: „dizione poco elegante".

21 D. 47.10.17.12 (Ulp. 57 *ad ed*.): *Plane si praesens agere nolit, vel quia differt vel quia remittit atque donat iniuriam, magis est, ut filio actio non detur nam et cum abest, idcirco datur filio actio, quia verisimile est patrem, si praesens fuisset, acturum fuisse*.

22 D. 47.10.15.46 (Ulp. 57 *ad ed*.); Coll. 2.5.1; U. Lübtow, *Zum römischen Injurienrecht*, in: *Labeo* 15 (1969) 165; R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 290. Die von F. Raber, *Injurienansprüche* 107ff. vertretene Auffassung, welche die Beachtlichkeit des subjektiven Elements stark reduziert sieht, hat keine Folge gefunden: R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 286ff; M. Hagemann, *Iniuria* 106ff. Vgl. auch M.J. Bravo Bosch, *Sobre el dolo y la culpa en la iniuria*, in: Anuario da Facultade da dereito da Univ. da Coruña 11 (2007) 81-94.

23 Oben S. 449.

sich in D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 *ad ed.*)[24]. Diese Ausdrucksweise anerkennt freilich nur die Betroffenheit der Hinterperson, sagt aber noch nichts darüber aus, ob darauf ankommt, dass der Täter gerade die dahinter stehende Person treffen will, oder ob für das Entstehen der *actio* aus mittelbarer *iniuria* das objektive Kriterium des bestehenden Gewalt- oder *affectus*-Verhältnisses ausreichend ist. Diese Frage wird im Zusammenhang mit Fällen erörtert, in denen beim Täter keine oder eine falsche Vorstellung über die mittelbar betroffene Person vorhanden ist.

Bei Sklaven als Mittelspersonen bedarf es jedenfalls einer solchen speziellen Zielrichtung in der Absicht des Täters. Schon Mela hat sich damit befasst:

> D. 47.10.15.45 (Ulp. 77 [recte 57] *ad ed.*): *Interdum iniuria servo facta ad dominum redundat, interdum non: nam si pro libero se gerentem aut cum eum alterius potius quam meum existimat quis, non caesurus eum, si meum scisset, non posse eum, quasi mihi iniuriam fecerit, sic conveniri Mela scribit.*

Es geht um einen Fall, bei dem der Täter gegenüber einem *servus* eine (nicht näher genannte) *iniuria*-Handlung setzt. Als Beispiele, in denen es nicht zu einem *redundare ad dominum* kommt, werden zwei Irrtumsfälle gebracht: Im Fall der *iniuria* gegenüber einem *servus pro libero se gerens* unterliegt der Täter einem Irrtum über den Status des Opfers, im zweiten Fall kennt er den Sklavenstatus, unterliegt aber einem Irrtum über die Person des Gewalthabers. Für Mela (und wohl auch für Ulpian) wird zwischen beiden Irrtumsfällen nicht unterschieden. Eine *actio iniuriarum* kommt nicht in Betracht.

Dieser Linie entspricht der Befund in den Gaius-Institutionen, wonach nur solche *iniuria*-Handlungen an *servi* den *iniuria*-Tatbetand gegenüber dem *dominus* verwirklichen, die *aperte in contumeliam domini* erfolgen[25]. Auch von Paulus wird die Zielrichtung des *animus iniuriae faciendae* auf den *dominus* betont:

> D. 47.10.26 (Paul. 19 *ad ed.*): *Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere: veluti si in popinam duxerit illum, si alea luserit. sed hoc utcumque tunc locum habere potest, quotiens ille qui suadet animum iniuriae faciendae habet. atquin potest malum consilium dare et qui dominum ignoret: et ideo incipit servi corrupti actio necessaria esse.*

Aufgrund des palingenetischen Zusammenhangs – es geht um die Kommentierung des Edikts *de servo corrupto* – und des Umstandes, dass nur von einem *dominus* die Rede ist, dürfte es sich bei der Passage [*vel filium*] um einen späteren Zusatz handeln[26]. Wer einen fremden Sklaven in eine *popina* lockt oder zum Glücksspiel veranlasst, begeht trotz der Zustimmung des *servus* eine *iniuria* gegenüber dem *dominus*, wenn er damit bewusst

24 Vgl. auch die Ausdrucksweise „*ad dominum redundat*“ in der folgenden Stelle.

25 Gai. 3.222.

26 E. Levy, *Konkurrenz* I 507 FN 6; G. Lavaggi, SDHI 13/14 (1948/49) 143 FN 14; B. Albanese, APal 27 (1959) 28 FN 34; G. Longo, BIDR 61 (1958) 161f = Ricerche romanistiche (1966) 666f; BIDR 64 (1961) 207. F. Raber, *Injurienansprüche* 142 will zwar im Hinblick auf eine in D. 11.3.14.1 (Paul 19 *ad ed.*) erwähnte *actio servi corrupti utilis* an der Echtheit festhalten, doch dürfte, wie R. Wittmann, ZSS 91 (1974) 356 gezeigt hat, diese *actio utilis* auf die Kompilatoren zurückgehen und den Anlass zur Einfügung von [*vel filium*] in D. 47.10.26 gegeben haben.

gerade diesen *dominus* treffen will. Kennt er den *dominus* gar nicht, so steht diesem nur die *actio servi corrupti*, aber nicht die *actio iniuriarum* zu.

Ist der unmittelbar Betroffene hingegen ein *filius* oder eine *uxor*, so spielt die *ignorantia* des Täters keine Rolle:

> D. 47.10.1.8 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Sive autem sciat quis filium meum esse vel uxorem meam, sive ignoraverit, habere me meo nomine actionem Neratius scripsit.*

Schon Mommsen hat gesehen, dass die Stelle der (von der älteren Lehre und noch von ihm selbst vertretenen) Auffassung widerspricht, wonach es auf die Kenntnis des Täters von diesen Umständen ankommt[27]. Dagegen sehen Levy und Raber die Stelle als Hauptbeleg für die Unabhängigkeit der Verwirklichung der mittelbaren *iniuria* von der Kenntnis des Täters über die dahinter stehende Person[28]. V. Scarano Ussani[29] hat die Stelle im Hinblick auf eine Inkohärenz des Neraz mit seiner sonstigen Haltung untersucht, der sich an anderen Stellen deutlich für die Beachtlichkeit des Tatsachenirrtums ausspricht[30]: Scarano Ussani erklärt die Abweichung aus einer Orientierung des Neraz am "valore" der römischen Familie und des *pater familias*[31]*;* dem sind freilich Sitzia, Horak und Krampe entgegengetreten[32]. Horak hat – um zu einer Harmonisierung mit Paul. D. 47.10.18.4 und 5 (dazu sofort im Folgenden) zu gelangen – Neraz so verstanden, daß er die Unbeachtlichkeit des *ignorare* nur auf die Zuordnung, nicht aber auf den Status des *filius* oder der *uxor* bezogen hat[33]. Diesem verengten Verständnis des Neraz-Textes kann ich angesichts des Wortlauts nicht folgen. Dem Text von fr 1.8 ist keineswegs zu entnehmen, daß die Betonung ausschließlich auf dem *meum* bzw *meam* liegen soll. Vielmehr ist der Gegenstand des *scire* bzw *ignorare* mit *filium meum esse vel uxorem meam* umschrieben. Für Neraz ist damit sowohl die fehlende wie auch eine falsche Vorstellung des Täters von einer mitbetroffenen Person unbeachtlich und das objektive Vorliegen eines Vermittlungskriteriums (*potestas, affectus*) ausreichend.

Hingegen findet sich bei Paulus eine Unterscheidung danach, ob es sich um einen Irrtum über den Status oder bloß um einen Irrtum bzw um eine Unkenntnis über die Person des Gewalthabers handelt:

27 Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht* 799 FN 4.

28 E. Levy, *Konkurrenz* I 507; R. Raber, *Injurienansprüche* 169.

29 V. Scarano Ussani, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano* (Napoli 1979) 44ff.

30 D. 22.6.2 (Ner. 5 *membr.*), vgl. zu dieser Stelle mit ihrer Gegenüberstellung von Rechts- und Tatsachenirrtum die grundlegenden Ausführungen des Jubilars: L. Winkel, *Error iuris nocet. Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung I Rechtsirrtum in der griechischen Philosophie und im römischen Recht bis Justinian,* (Zutphen 1985) 43-53; *Parerga et paralipomena ad errorem iuris*, in: Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayr-Maly (Köln-Weimar-Wien 2002) 902; D. 41.10.5.1 (Ner. 5 *membr.*), dazu auch Winkel, *Error iuris* 97-98; D. 24.1.44; (Ner. 5 *membr.*); D. 47.2.84 pr (Ner. 1 *resp.*).

31 V. Scarano Ussani, *Valori* 47f.

32 F. Sitzia, *Il conservatorismo di Nerazio*, in: *Labeo* 29 (1983) 40f; F. Horak, rec. di V. Scaranno Ussani, *Valori*, in: *Labeo* 29 (1983) 183; Ch. Krampe, rec. di V. Scaranno Ussani, *Valori*, in: ZSS 102 (1985) 590.

33 F. Horak, rec. di V. Scaranno Ussani, *Valori* 183; vorsichtiger hingegen M. Hagemann, *Iniuria* 102f.

> D. 47.10.18.4-5 (Paul. 55 *ad ed.*): (4) *At cum aliquis filium familias patrem familias putat, non potest videri iniuriam patri facere, non magis quam viro, si mulierem viduam esse credat, quia neque in personam eorum confertur iniuria nec transferri personae putationem ex persona filiorum ad eos potest, cum affectus iniuriam facientis in hunc tamquam in patrem familias consistat.* (5) *Quod si scisset filium familias esse, tamen, si nescisset, cuius filius esset, dicerem, inquit, patrem suo nomine iniuriarum agere posse: nec minus virum, si ille nuptam esse sciret: nam qui haec non ignorat, cuicumque patri, cuicumque marito per filium, per uxorem vult facere iniuriam.*

Die ausgesprochenen Interpolationsannahmen[34] werden heute nicht mehr geteilt[35]. In der Substanz ist die von Paulus vorgenommene Differenzierung auf jeden Fall klassisch.

In § 4 hält der Täter den unmittelbar betroffenen *filius familias* für einen *paterfamilias*, die unmittelbar betroffene *uxor* für eine *vidua*: Er unterliegt also einem Irrtum über den *status*; dass es eine mittelbar betroffene Person geben kann, kommt dem Täter nicht in den Sinn: Paulus verneint daher eine mittelbare *iniuria*, weil es keinen Kränkungsvorsatz gegenüber der mittelbar betroffenen Person gibt. In § 5 ist dem Täter der *status* bekannt, nicht aber die Identität der mittelbar betroffenen Person. Es liegt *ignorantia* oder *error* über die Zuordnung vor. Für Paulus ist dieser Umstand nicht entschuldigend: Das Bewusstsein, einen *paterfamilias* oder einen *maritus* zu treffen, ist beim Täter jedenfalls vorhanden, er will *cuicumque patri* bzw *cuicumque marito* eine *iniuria* zufügen, somit erwirbt die dem Täter unbekannte mittelbar betroffene Person die *actio suo nomine*. Das entspricht auch der Haltung Pauls zum *error in persona* bei einem einfachen *iniuria*-Fall[36]:

> D. 47.10.18.3 (Paulus 55 *ad ed*): *Si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putet me Lucium Titium esse, cum sim Gaius Seius: praevalet, quod principale est, iniuriam eum mihi facere velle: nam certus ego sum, licet ille putet me alium esse quam sum, et ideo iniuriarum habeo.*

Wenn der Täter den Ego (= Gaius Seius), auf den er einwirkt, gar nicht kennt oder mit dem Licius Titius verwechselt (dem er eine *iniuria* zufügen will), so erlangt Gaius Seius die *actio iniuriarum*, weil der Täter einem *certus ego* (auch wenn er ihn für einen anderen hielt) eine *iniuria* zufügen wollte.

Der Gegensatz zwischen Neraz einerseits und Paulus andererseits ist also durchaus gegeben. Noch weiter geht:

> PS. 5.4.3: *Si liberis qui in potestate sunt aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare: ideoque per nos actio inferri potest, si modo is qui fecit in iniuriam nostram id fecisse doceatur.*

Der Sentenzenverfasser entfernt sich damit nicht nur von Paulus' Differenzierung zwischen einem (beachtlichen) Status-Irrtum und einem (unbeachtlichen) Irrtum über

34 E. Levy, *Konkurrenz* I 507 FN 6; E. Albertario, *Studi* I 83 FN 1 (85).

35 M. Hagemann, *Iniuria* 103.

36 Vgl. auch F. Raber, *Injurienansprüche* 33.

die Person des Gewalthabers, sondern gleicht die Regelung im Ergebnis jener an, wie sie (schon seit Mela und noch von Ulpian)[37] für *iniuria*-Handlungen an *servi* überliefert ist[38].

5. Zur Frage der Akzessorietät

Hier ist zu prüfen, ob die *actio* aus der mittelbaren *iniuria* davon abhängig ist, dass eine *actio* aus der unmittelbaren *iniuria* gibt. Diese Frage stellt sich zunächst im Fall der Einwilligung der unmittelbar betroffenen Person:

> D. 47.10.26 (Paul. 19 *ad ed*.): *Si quis servum meum vel filium ludibrio habeat licet consentientem, tamen ego iniuriam videor accipere …*

Auch wenn die Passage [*vel filium*] nicht echt ist und die Entscheidung ursprünglich nur den *servus* betroffen hat[39], ist sie sachlich auch hinsichtlich des *filius* für die Klassik zutreffend:

> D. 47.10.1.5 (Ulp. 56 *ad ed*.): *Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis vendiderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*

Hat der Sohn eingewilligt – im konkreten Fall dazu, verkauft und damit wie ein Sklave behandelt zu werden, was das den Tatbestand des Edikts *ne quid infamandi causa fiat*[40] erfüllt –, so entfällt nur die *actio* aus der unmittelbaren *iniuria*, nicht aber die aus der mittelbaren *iniuria*. Eine Akzessorietät wird also abgelehnt.

Das Problem der Akzessorietät stellt sich auch in den Fällen, in denen es zu einer Konkurrenz zwischen *potestas* und *affectus* einerseits und einem Patronatsrecht anderseits kommt:

> D. 47.10.11.7-8 (Ulp. 57 *ad ed*.): (7) *Quamquam adversus patronum liberto iniuriarum actio non detur, verum marito libertae nomine cum patrono actio competit: maritus enim uxore sua iniuriam passa suo nomine iniuriarum agere videtur. quod et Marcellus admittit. ego autem apud eum notavi non de omni iniuria hoc esse dicendum me putare: levis enim coercitio etiam in nuptam vel convici non impudici dictio cur patrono denegetur? si autem colliberto nupta esset, diceremus omnino iniuriarum marito adversus patronum cessare actionem, et ita multi sentiunt. ex quibus apparet libertos nostros non tantum eas iniurias adversus nos iniuriarum actione exequi non posse, quaecumque fiunt ipsis, sed ne eas quidem, quae eis fiunt, quos eorum interest iniuriam non pati.* (8) *Plane si forte filius liberti vel uxor velint iniuriarum experiri: quia patri maritove non datur, denegandum non erit, quia suo nomine experiuntur*.

37 D. 47.10.15.45 (Ulp. 77 [recte 57] *ad ed*.). Siehe oben S. 452.

38 Der Versuch von J.H. van Meurs, TR 4 (1923) 288ff, die Stelle durch eine Text-Emendation auf Sklaven zu beziehen, wird von M. Hagemann, *Iniuria* 85 zu recht als willkürlich abgelehnt.

39 Oben FN 26.

40 Vgl. D. 47.10.15.25 (Ulp. 57 *ad ed*.).

Aufgrund des Patronatsverhältnisses ist eine *actio iniuriarum* des *libertus* gegen seinen Patron auf jeden Fall insoweit ausgeschlossen, als dieser noch eine Zuchtgewalt hat. In darüber hinausgehenden Fällen, insbesondere bei einer *iniuria atrox*, kann nach prätorischer *causae cognitio* die *actio* gewährt werden[41]. Der Ausschluss der *actio iniuriarum* gegen den Patron greift – wie im Schlusssatz von § 7 ausgeführt – sowohl bei unmittelbarer wie auch bei mittelbarer Betroffenheit des *libertus* ein.

In Eingangsfall von § 7 geht es um eine *iniuria*, welcher einer verheirateten *liberta* von ihrem Patron zugefügt wird. Aus der mittelbar erlittenen *iniuria* kann der Ehemann den Patron seiner Frau klagen, da gegen ihn kein Patronatsverhältnis besteht und er *suo nomine* vorgeht[42]. Marcellus lässt dies generell zu und lehnt damit jede Akzessorietät ab. Ulpian schränkt dies insofern ein, als der *maritus* eine leichte Züchtigung und eine maßvolle Zurechtweisung seiner Frau durch deren Patron hinnehmen muss.

Liegt hingegen ein Patronatsverhältnis auch gegenüber dem *maritus* vor, weil er ein *conlibertus* ist – dann gibt es nach der herrschenden Auffssung (*et ita multi sentiunt*) – kein Klagerecht des Ehemanns, und zwar überhaupt nicht („*omnino cessare actionem*"), dh wohl auch dann nicht, wenn die *liberta* – wie zB im Fall einer *inuria atrox* – selbst klagen könnte; somit tritt auch hier die Ablehnung des Akzessorietätsprinzips zu Tage.

§ 8 bringt den umgekehrten Fall der *iniuria* des Patrons an – nicht der Patronatsgewalt unterliegenden – Angehörigen seines Freigelassenen: Es entfällt zwar die *actio* des *libertus* aus der mittelbaren *iniuria*, weil seiner Klageführung das Patronatsrecht entgegensteht. Dieses Hindernis wirkt sich aber nicht auf die Klageführung der *uxor* bzw des *filius* aus, weil sie *suo nomine experiuntur*.

6. Zusammenfassung

Werden *iniuria*-Handlungen an Angehörigen begangen, so entsteht neben dem Klagerecht aus der unmittelbaren *iniuria* (wobei dieses bei Gewaltunterworfenen zunächst vom Gewalthaber und erst bei dessen *absentia* vom Gewaltunterworfenen selbst ausgeübt wird) eine *actio* des mittelbar Betroffenen. Vermittlungskriterien dafür sind *potestas* und *affectus*[43]. Die *actio* aus der mittelbaren *iniuria* wird mit derjenigen aus der unmittelbaren kumuliert[44]; die *aestimatio* erfolgt jeweils eigenständig[45]. Nach Neraz spielt es keine Rolle, ob der Täter vom *potestas*- oder *affectus*-Verhältnis zu einer anderen Person Kenntnis hatte oder nicht[46]. Paulus dagegen verlangt für die Zurechnung

41 Vgl auch D. 2.4.10.12 (Ulp. 5 *ad ed.*); D. 37.15.2 pr (Iul. 14 *dig*); D. 47.10.7.2 (Ulp. 57 *ad ed.*). M. Kaser, *Die Geschichte der Patronatsgewalt über Freigelassene*, in: ZSS 58 (1938) 98ff; F. Raber, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche* 92ff.

42 Zunächst wird zwar davon gesprochen, dass dem Ehemann die Klage *libertae nomine* zusteht; und erst im begründenden *enim*-Satz wird ausgeführt, dass eine Klageführung *suo nomine* vorliegt. Das ist kein Widerspruch: Der *nomine*-Terminus wird zunächst zur tatbeschreibenden Kennzeichnung der Mittelsperson (*libertae nomine*), dann aber zur Kennzeichnung der Rechtszuständigkeit und Aktivlegitimation (*suo nomine*) verwendet.

43 D. 47.10.1.3 (Ulp. 56 *ad ed.*).

44 D. 47.10.1.9 (Ulp. 56 *ad ed.*); D. 47.10.41 (Ner 5 *membr.*).

45 D. 47.10.18.2 (Paul 55 *ad ed.*); D. 47.10.30.1 (Ulp. 42 *ad Sab.*).

46 D. 47.10.1.8 (Ulp. 56 *ad ed.*).

der mittelbaren *iniuria* zumindest die Kenntnis des Status des unmittelbaren Opfers (als Gewaltunterworfener oder als *uxor*)[47], während die Paulus-Sentenzen einen auf den mittelbar Betroffenen gerichteten Vorsatz des Täters voraussetzen[48]. Die *actio* aus mittelbarer *iniuria* kommt auch dann zum Tragen, wenn die *actio* aus der unmittelbaren – etwa wegen Einwilligung – entfällt: Eine Akzessorietät wird grundsätzlich abgelehnt[49], nur von Ulpian im Interesse der Patronatsrechts zugelassen, indem die *actio* der (nicht der Patronatsgewalt unterstehenden) mittelbar betroffenen Person insoweit entfällt, als auch der *libertus* oder die *liberta* den Patron nicht klagen kann[50].

Abstract

When a relative is injured or offended by a wrongdoer, Roman law distinguishes between two types of *iniuria*: the harm done to the concerned person herself ("direct *iniuria*") and the injury caused indirectly to other persons by the same incident ("indirect *iniuria*"). An example is given in Gai 3.221 and I. 4.4.2: If a married *filia familias* is injured, the *actio iniuriarum* against the wrongdoer can be brought not only *filiae nomine*, but also *patris* and *mariti nomine*. As Ulpian (D. 47.10.1.3) points out, the relevant criteria in respect of indirect *iniuria* are *potestas* and *affectus*. The actions based on indirect *iniuria* can be instituted together with the action based on direct *iniuria* (Neraz cited by Ulpian in D. 47.10.1.9); the *aestimatio* in every action is independent of the *aestimatio* in the other actions (Paul citing Pomponius in D. 47.10.18.2; Ulpian D. 47.10.30.1). According to Neraz (cited by Ulpian D. 47.10.1.8) it does not matter whether or not the wrongdoer knows the *potestas* or *affectus* of another person. Paul, on the other hand, insists that knowledge of these is necessary, regardless of the person involved in the case: the wrongdoer is liable if he knows the legal status (as *filius familias* or as *uxor*) of the person who is directly concerned (D. 47.10.18.4-5). Finally – as explained by Paul (D. 47.10.26) and Ulpian (D. 47.10.1.5) – the persons who are indirectly concerned can sue for their own *iniuria* even when there is no action in favour of the person who is directly concerned (e.g. a son or a slave who consents to an abusive treatment: *volenti non fit iniuria*).

47 D. 47.10.18.4-5 (Paul 55 *ad ed*.).

48 PS. 5.4.3.

49 D. 47.10.1.5 (Ulp. 56 *ad ed*.).

50 D. 47.10.11.7-8 (Ulp. 57 *ad ed*.).

UXORES CONSTRICTAE

Rolf Knütel*

1. Das Prinzip: *Libera matrimonia*

Ein Reskript des Alexander Severus stellt als Grundlage der Rechtsauskunft an den Anfang das berühmte Prinzip der Ehefreiheit: *Libera matrimonia esse antiquitus placuit*, daß Ehen frei sind, ist seit alters anerkannt, C. 8,38,2 (a. 223)[1]. Daraus werden vom Kaiser zwei unmittelbare Folgerungen gezogen: *ideoque pacta, ne liceret divertere, non valere et stipulationes, quibus poenae inrogantur ei qui divortium fecisset, ratas non haberi constat*, und deshalb steht fest, daß Vereinbarungen, die eine Scheidung ausschließen, ungültig sind[2] und daß Stipulationen als unwirksam anzusehen sind, durch die demjenigen, der die Scheidung vollzieht, Vertragsstrafen auferlegt werden.

An anderer Stelle finden sich zusätzliche Begründungen des Prinzips. Paulus berichtet im 15. Buch seiner Gutachtensammlung von dem folgenden Fall: Als sie ihre Ehe eingingen, wurden die Frau, die von einem Dritten einen Sohn hatte, und der Mann, der eine Tochter mitbrachte, sich darin einig, die Tochter dem Sohn anzugeloben. Die Eheleute setzten darüber eine Urkunde auf mitsamt einem Strafversprechen für den Fall, daß einer von ihnen den Eheschluß verhindere. Nach dem Tode ihres Vaters weigerte sich die Tochter, den Sohn zu heiraten.

> D. 45,1,134 pr., *Paulus 15. Resp.*: … respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. (Paulus erteilte das Gutachten, demjenigen, der aus der vorgelegten Stipulation klage, werde, da diese nicht im Einklang mit den guten Sitten abgeschlossen sei, die Einrede der

1 Zu diesem Prinzip s. etwa *G. Marcours*, Libera matrimonia esse antiquitus placuit, in J.E. Spruit, M. van de Vrugt, Brocardia in honorem G.C.J.J. van den Bergh, Deventer 1987, S. 55.

2 Daß es im heutigen Recht ebenso ist, hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 9. April 1986 entschieden, BGHZ (= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen), Bd. 97, S. 304ff., im wesentlichen im Anschluß an *R. Knütel*, Scheidungsverzicht und Scheidungsausschlußvereinbarungen, FamRZ (Zeitschrift für das gesamte Familienrecht) 32 (1985) 1089ff.

* Professor emeritus, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 467-477

> Arglist entgegenstehen, denn man halte es für sittenwidrig, wenn Ehen durch die Fessel einer Strafe zusammengehalten werden, seien es künftige oder bereits geschlossene.)

Vergleichbar wird in den sog. Scholia Sinaitica, einem nur in lückenhaften Bruchstücken erhaltenen griechischen Kommentar unter anderem zu den *responsa* des Paulus und Ulpians *libri ad Sabinum* sowie *ad edictum*, im § 6[3] erklärt, es sei *atopos*, widersinnig, unziemlich, daß die Ehe, in der dauerhafte Eintracht vonnöten sei, aufgrund [der Furcht vor] einer Strafe und nicht aus freiem Willen bestehen sollte.

Vereinbarungen, welche die Freiheit einschränken, eine Ehe einzugehen oder eine Ehe zu beenden, sind mithin sittenwidrig und schon deshalb nichtig. Darüber hinaus können Abreden oder testamentarische Bestimmungen, die auf ein Heirats- oder Wiederverheiratungsverbot hinauslaufen, wegen Gesetzesverstoßes nichtig sein, begründeten doch die *leges Iulia et Papia* Ehepflichten für Männer von 25-60 und Frauen von 20-50 Jahren[4].

Die weiteren Belege für das Prinzip der Ehefreiheit[5] bedürfen in unserem Zusammenhang keiner Erörterung; doch sei ein Blick noch auf die allgemeine Aussage Diokletians und Maximinians geworfen, die aus einem Reskript überliefert ist in:

> C. 5,4,14: Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere (*sine anno*). (Niemand kann dazu gezwungen werden, erneut eine Ehe zu schließen oder eine geschiedene Ehe wiederzubegründen. Deshalb siehst du ein, daß die Freiheit, eine Ehe einzugehen oder aufzulösen, keinem Zwang ausgesetzt werden darf.)

Die Aussage ist klar. Die Ehefreiheit umschließt die Scheidungsfreiheit, und auch diese darf durch Zwänge nicht eingeschränkt werden. Die Frage ist allerdings, ob das die ganze historische Wahrheit ist. Dafür werden wir uns einem sehr sensiblen Punkt der römischen Ehe zuwenden müssen, der *dos*.

2. Ehestabilisierende Vereinbarungen

2.1 Zuvor ist jedoch darauf hinzuweisen, daß Vereinbarungen zur Sicherung ehegemäßen Verhaltens rechtliche Anerkennung fanden. Im Fall von D. 45,1,121,1 hatte sich eine Frau im Zusammenhang mit dem Eheschluß in der Absicht, ein wirkungsvolles Stipulationsversprechen zu erlangen, von dem Mann 200.000 HS für den Fall versprechen lassen, daß er während der Ehe erneut den Umgang mit der Konkubine aufnehme (*si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset*). Papinian (11. *Resp*.) sieht keinen Grund, weshalb die Frau bei Eintritt der Bedingung nicht „*ex stipulatione,*

3 *E. Seckel, B. Kübler*, Iurisprudentiae anteiustinianae reliquias, II/2, 6. Aufl., Leipzig 1927, S. 469; FIRA II, S. 640.

4 Vgl. nur *M. Kaser, R. Knüte*l, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014, S. 339ff. (Randziffern [= Rz] 58.25-28) mit weiterer Literatur.

5 Vgl. etwa Pap. D. 35,1,71,1; zu unerlaubten Bedingungen testamentarischer Verfügungen s. die Nachweise bei *P. Voci*, Diritto ereditario romano, II, 2. Aufl., Mailand 1963, S. 797ff.

quae ex bonis moribus concepta fuerat“ das Geld sollte erlangen können. Immerhin: Die Strafsumme ist wahrhaft beträchtlich, im konkreten Fall zwar keine hinreichende; bedenkt man aber, daß die Frau die Erneuerung der *consuetudo concubinae* zugleich zum Anlaß für die Scheidung genommen haben dürfte, so wird deutlich, daß die Stipulation mit ihrer massiven Strafandrohung zugleich scheidungserschwerende Funktion hatte.

Es ist bemerkenswert, daß das Reichsgericht in einem Urteil vom 3. November 1938 sehr klar im gegenteiligen Sinne entschied[6]. Dort hatte die Ehefrau sich in einem notariellen Vergleich verpflichtet, die Scheidungsklage zurückzunehmen, und sich im Gegenzug verschiedene Pflichten des Ehemannes ausbedungen, unter anderem, daß er „in Zukunft keinerlei Geschäfts- oder Vergnügungsreisen allein … unternehmen“ werde. Für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die übernommenen Pflichten sollte er der Frau eine Vertragsstrafe in Höhe von 3.000 Reichsmark zahlen – ein seinerzeit sehr hoher Betrag. Das Reichsgericht hielt „eine solche Einschränkung der persönlichen und geschäftlichen Bewegungsfreiheit des Ehemannes“ für „mit dem sittlichen Wesen der Ehe unvereinbar“ und erklärte die Strafklausel für nichtig, „weil es dem Wesen der Ehe widerspricht, die … aus ihr fließenden familienrechtlichen Verpflichtungen durch Vereinbarung von Vertragsstrafen zu sichern“ (S. 300). Auch angesichts dieser Entscheidung muß Papinians Meinung, das rechtlich oder sittlich Gebotene könne in einer Ehe durch Vertragsstrafe gesichert werden, uns heute sehr fraglich erscheinen[7]. Ob sie zu seinen Zeiten überwiegend für richtig gehalten wurde, bleibt zweifelhaft, dies auch im Hinblick auf unseren anschließenden Text.

2.2 D. 45,1,19, *Pomponius 15. Sab.*:

> Si stipulatio facta fuerit: „Si culpa tua divortium factum fuerit, dari“, nulla stipulatio est, quia contenti esse debemus poenis legum comprehensis: nisi si et stipulatio tantundem habeat poenae, quanta lege sit comprehensa. (Wurde die Stipulation abgeschlossen: „Wenn es durch deine Schuld zur Scheidung gekommen ist, wird gezahlt“, so ist die Stipulation nichtig, weil wir uns mit den in den Gesetzen[8] bestimmten Strafen zufriedengeben müssen, es sei denn, daß auch die Stipulation ebendas an Strafe enthält, was vom Gesetz bestimmt wird.)

Bestätigt wird der Grundsatz, daß Stipulationen, die Strafen für den Fall der Ehescheidung vorsehen, unwirksam sind. Die Nichtigkeit *ipso iure* (statt einer Entkräftung über die *exceptio doli*) ist glaubhaft, ergibt sich doch schon aus dem Wortlaut, daß es sich um eine sittenwidrige Vereinbarung handelt. Auch leuchtet der Grundgedanke ein, daß im öffentlichen Interesse vorgesehene Sanktionen durch Vereinbarungen Privater prinzipiell

6 RGZ (= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen), Bd. 158, S. 294ff.

7 Günstiger beurteilt die Lösung *F.C. v. Savigny*, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. III, Berlin 1840, S. 174.

8 Statt *legum* findet sich in der handschriftlichen Überlieferung auch *lege*, wofür der Schlußsatz und Bas. 43,1,19 sprechen, und *legibus*. Aller Wahrscheinlichkeit nach geht es um die *lex*/*leges Iulia et Papia Poppaea*, die die Klassiker als Einheit verstehen.

nicht abgeändert werden können[9]. Diese Regel wird jedoch nicht verletzt, wenn die Eheleute die Sanktionen, ohne über sie hinauszugehen, durch Stipulationen auch vertraglich für sich verbindlich machen[10].

Im Zusammenhang des fr. 19 bedeutet das (ebenso wie in § 7 Scholia Sin.), daß der Mann die Beträge, die sich im Scheidungsfall aufgrund der *retentio propter mores* (gegebenenfalls zusammen mit der *propter liberos*) ergeben, zum Gegenstand einer Strafstipulation machen[11] und die Frau demgegenüber sich die Rückgewähr der Mitgift, je nach den Umständen vollständig und unter verkürzten Fristen versprechen lassen kann. Das kann für beide Teile von Vorteil sein, etwa im Hinblick auf die prozessuale Durchsetzbarkeit der Rechte oder die Erleichterung einer Sicherung durch Bürgschaften, auch wenn diese eine Stipulationsschuld nicht voraussetzen.

3. *Pacta dotalia*

3.1 (a) Aus dem weiten Feld der Ehevereinbarungen[12] sind für unseren Zusammenhang nur diejenigen *pacta* von Interesse, die für den Fall getroffen sind, daß die Frau Anlaß zur Scheidung gibt. Nach der Rechtlage, die schon vor dem Inkrafttreten der *lex Iulia de adulteriis* (17 v. Chr.) sowie der *leges Iulia de maritandis ordinibus* (18 v. Chr.) und *Papia Poppaea* (9 n. Chr.) bestand[13] und in dieser Gesetzgebung festgeschrieben wurde, konnte der Ehemann bei einer von der Frau verschuldeten Scheidung, wenn Kinder aus der Ehe hervorgegangen waren, eine *retentio propter liberos* ausüben, und zwar für jedes Kind ein Sechstel der Mitgift einbehalten, insgesamt aber nicht mehr als die Hälfte der *dos* (UE 6,9 u. 10). Ferner hatte er das Recht, wahrscheinlich kumulativ mit der *retentio propter liberos*[14], eine *retentio propter mores* vorzunehmen, bei der zu unterscheiden war: Soweit es sich um leichtere Sittenverstöße (*mores leviores*) handelte, konnte ein Achtel einbehalten werden, bei schwereren (*mores graviores*), die in der Spätklassik nur im Falle des Ehebruchs bejaht wurden, dagegen ein Sechstel (UE 6,9 u. 12).

9 Vgl. Paul. D. 23,4,5 pr. (*Illud convenire non potest, ne de moribus agatur vel plus vel minus exigatur [retineatur?] ne publica coercitio privata pactione tollatur*); Consultatio 4,3 *(Functio dotis pacto mutari non potest, quia privata conventio iuri publico nihil derogat*) sowie allgemein Pap. D. 2,14,38 (*Ius publicum* [Rechtsregeln von besonderem öffentlichem Interesse] *privatorum pactis mutari non potest*); dazu und zu fr. 19 *M. Kaser*, Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im röm. Recht, Wien 1977, S. 91 mit Literatur.

10 Der Gedanke wird – möglicherweise zu einem Passus aus UIpians Sabinuskommentar – in den Scholia Sinaitica § 7 ausgesprochen (wo *ob mortem* in *ob mores* zu verbessern ist).

11 Daß es sich dabei um die Novation eines „debito legale futuro“ handelt, wie *P. Voci*, Le obbligazioni romane, I/1, Mailand 1969, S. 175 annimmt, ist ungewiß, bei Abschluß einer Doppelstipulation (vgl. Paul. D. 44,7,44,6) aber denkbar. – Es beruht offenbar auf der Abschaffung der *retentiones ex dote* durch Justinian (C. 5,13,1,5; a. 530), daß der Schlußteil von fr. 19 (ab *quia*) nicht ganz intakt ist, s. *Voci*; *Kaser* (Fn. 9), S. 91.

12 Dazu bald, *R. Knütel*, Zum pactum de lucranda dote im klassischen römischen Recht, Homenaje A. Guzmán, III, 2014 (?), S. 51ff.

13 Vgl. nur *M. Kaser*, Das römische Privatrecht, I, 2. Aufl., München 1971, S. 338.

14 *A. Bechmann*, Das Röm. Dotalrecht, I, Erlangen 1863, S. 98f.; *K. Czyhlarz*, Das röm. Dotalrecht, Gießen 1870, S. 343f.; *P.E. Corbett*, The Roman Law of Marriage, Oxford 1930, S. 193; *H. Stiegler*, Divortium, culpa und retentio propter liberos, Mélanges Fritz Sturm, I, Lüttich 1999, S. 435, 437.

(b) Diese Bestimmungen konnten durch formlose Vereinbarung abgeändert werden, freilich nur in Grenzen. Paulus (*35. ed.*) D. 23,4,12,1 unterscheidet bei den *pacta dotalia* einen Bereich, in dem die Parteien frei entscheiden können, und einen anderen, in dem die Gestaltungsfreiheit durch das Recht eingeschränkt ist; zu diesem schreibt er: *alia [sc. pacta] ad ius pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur*, andere Vereinbarungen beziehen sich auf rechtliche Regelungen, zum Beispiel darauf, wann die Mitgift eingeklagt werden kann oder wie sie zurückzugeben ist; bei diesen Vereinbarungen wird die freie Entscheidung der Vertragspartner nicht immer anerkannt. – Diese Auskunft ist ziemlich unklar (*non semper*); eine Durchsicht der Quellen zeigt jedoch, daß in dem zweiten Bereich, in dem es um die Rückgabe der *dos* geht, die Tendenz besteht, daß die Parteien von den gesetzlichen Bestimmungen zur *dos* grundsätzlich nicht zum Nachteil der Frau abweichen dürfen, regelmäßig, wenn auch nicht durchweg, aber zu ihrem Vorteil[15]. Dementsprechend hebt Paulus (35. *ed*.) in D. 23,4,16 im Kontext seiner Ausführungen zu D. 23,4,12,1 zum Rückgabetermin hervor: *ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis quam ne omnino reddatur*, daß die Mitgift aber zu einem späteren Termin geleistet werden darf, kann man nicht vereinbaren, ebensowenig, daß sie überhaupt nicht zurückgegeben wird. Dazu liegt auf der Hand, daß ein genereller Ausschluß der Rückgabe der *dos* mit dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung der *dos* und den mit ihr verfolgten Zwecken[16] schwerlich in Einklang zu bringen ist.

3.2 Nach diesen allgemeinen Beobachtungen ist es etwas überraschend zu sehen, daß Vereinbarungen anerkannt waren, die die Rechtslage der Frau gravierend verschlechterten:

> D. 33,4,1,1, *Ulpianus 19. Sab.*: Et ideo si inter virum et uxorem convenerat, ut morte viri soluto matrimonio filio communi interveniente dos apud mariti heredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit, stari pacto non debet ob hoc quod dos relegata est. verum et citra relegationem hoc probari debet: nam quod est admissum posse deteriorem condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit vel divortium intervenit. (Daraus folgt: Wenn Mann und Frau für den Fall, daß die Ehe durch den Tod des Mannes aufgelöst wird und ein gemeinsames Kind vorhanden ist, vereinbart hatten, daß die Mitgift bei dem Erben des Mannes verbleiben sollte, und der Mann auf dem Sterbebett die Mitgift [seiner Frau] zurückvermacht, dann darf man die Vereinbarung schon deshalb nicht aufrechterhalten, weil die Mitgift zurückvermacht wurde. Aber selbst ohne Rückvermächtnis muß das gebilligt werden. Denn auch wenn es zulässig ist, daß sich [für die Frau] die Rechtslage im Hinblick auf die Mitgift verschlechtern kann, wenn Kinder vorhanden sind, so gilt das doch immer nur dann, wenn die Frau in der Ehe stirbt oder es zur Scheidung kommt.)

Der Mann hat in seinem Testament dem für seine Frau nachteiligen *pactum* durch das Rückvermächtnis der *dos* die Wirkung genommen. Ulpian erkennt diese Möglichkeit

15 Proc. D. 23,4,17 (*pacto existimo meliorem condicionem mulieris fieri posse, deteriorem non posse*); Paul. D. 4,4,48,2; D. 23,4,14 u. 16; Scaev. D. 23,4,29 pr. sowie Ulp. fr. Vat. 120 (dazu unten). Näheres zu Paul. D. 23,4,12,1 bei *Knütel* (Fn. 12), S. 53ff.

16 Vgl. Pomp. D. 24,3,1; Paul. D. 23,3,2.

an, was überzeugt[17]. Denn würde die Frau mit der *actio ex testamento* aus dem Rückvermächtnis klagen und der Erbe des Mannes ihr die *exceptio pacti* entgegensetzen, so würde die Frau ihm mit der *replicatio doli* erwidern können, er dürfe sich nicht mit dem Willen seines Erblassers in Widerspruch setzen. Wichtiger für unseren Zusammenhang ist jedoch, daß Ulpian das *pactum* für unwirksam hält, es solle nach dem Tod des Mannes, wenn ein Kind vorhanden sei, die Mitgift (in der Erbschaft und damit) beim Erben des Mannes verbleiben. Als Begründung führt der Jurist an, es seien – unter der Voraussetzung, daß Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind – überhaupt nur zwei Fälle anerkannt, für die wirksam vereinbart werden könne, daß die Mitgift bei dem Mann verbleibe, der Tod der Frau in der Ehe und die Scheidung.

(a) Der erste Fall (*ipsa in matrimonio decedit*) wird, seitdem erstmals Czyhlarz den Verdacht äußerte, nahezu allgemein als kompilatorischer Zusatz angesehen, weil ein *pactum* für den Fall, daß die Frau in der Ehe verstirbt, im klassischen Recht überflüssig, im justinianischen dagegen sinnvoll gewesen sei[18]. Denn Justinian hatte in der Reformkonstitution vom 1. November 530 (C. 5,13 *un*.) die *actiones rei uxoriae* und *ex stipulatu* zu einer einheitlichen modifizierten Stipulationsklage verschmolzen und diese beim Tod der Frau in der Ehe zugunsten ihrer Erben vererblich gestellt, ohne daß es (anders als zuvor bei der *actio rei uxoriae*, UE 6,7) auf einen Verzug des Mannes noch angekommen wäre. Nach Justinians Änderung bedurfte es also eines *pactum*, wenn die Mitgift beim Mann verbleiben sollte, worauf Justinian in C. 5,13,1,6 auch hinweist. Danach ist es gut möglich, daß der beanstandete Passus in D. 33,4,1,1 eingefügt worden ist. Andererseits ist nicht zu übersehen, daß es für das beanstandete *pactum* auch schon zu Ulpians Zeit Anwendungsfälle gab, etwa bei der *dos profecticia*, die dem Mann vom *paterfamilias* der Frau bestellt wurde, oder bei der von einer gewaltfreien Ehefrau dem Mann überlassenen *dos adventicia*, die bei dem Tod der Frau zwar ohnehin beim Mann verbliebe, zu der über das *pactum* aber Bedingungen für diesen Verbleib festgelegt werden könnten[19]. Der in D. 33,4,1,1 (i f.) zuerst genannte Fall kann demnach gut auch von Ulpian schon angeführt worden sein.

(b) Überraschender ist der zweite Fall. Denn bei einer Scheidung ist die Frau in besonderem Maße auf die Mitgift angewiesen, um ihren Unterhalt zu bestreiten und sich die Chancen einer Wiederverheiratung zu erhalten, zu der sie nach den augusteischen Ehegesetzen grundsätzlich auch verpflichtet war. Zudem wird das *divortium* uneingeschränkt genannt, so daß ein *pactum*, die *dos* solle beim Ehemann bleiben, auch

17 Anders *G. Beseler*, Textkritische Studien, SZ 52 (1932) 49 („… juristisch unmöglich: durch ein Legat kann man weder ein Dotalpactum noch eine exceptio aufheben“).

18 *Czyhlarz* (Fn. 14), S. 433f., zustimmend *P. Krüger*; *O. Lenel*; *H. Dernburg*; *P.E. Corbett*; *A. Burdese*, auch *H. Siber*; *M. Humbert* (Nachweise bei *Knütel* (Fn. 12), S. 59 Fn. 25); anders, aber ohne nähere Auseinandersetzung, *M. Magagna*, I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici, Padua 2002, S. 270f. mit Fn. 59, 275 Fn. 34.

19 Siehe etwa Paul. D. 23,4,12 pr.; Diocl. C. 5,14,6 (a. 293) sowie Flor. D. 23,4,24; dazu und zu weiteren Einzelheiten s. *Knütel* (Fn. 12), S. 65ff., 70ff., 78ff.

in dem Fall als wirksam anerkannt worden sein müßte, in dem den Mann die Schuld an der Scheidung traf. Das ist kaum vorstellbar, würde das doch auf eine Prämiierung ehewidrigen Verhaltens des Mannes hinauslaufen, was der Prätor nicht zulassen würde[20]. Es ist deshalb anzunehmen, daß Ulpian es für selbstverständlich gehalten hat, daß diese Situation von seinem Hinweis in D. 33,4,1,1 i f. nicht erfaßt ist[21].

Das findet eine Bestätigung in Fragmenta Vaticana 120, *Ulpianus 33.ed.*:

> Inter cetera d*e* reddenda *dote pacta praeter legitimam* ut retentionum ratio habeatur si quidem convenit, *eo pacto verendum est, ne* non deterior dotis causa fiat, nisi in eum casum, quo *filii extent, convenerit*; hoc enim iure utimur et Iulianus scribit et est rescriptum. *tum igitur et universa* dos retineri uno filio interveniente potest, si modo non culp*a viri divortium factum est*. Quod si nihil convenit, exercendae retentiones non sunt *nisi legitimae*. (Wird bei den Absprachen über die Rückgewähr der Mitgift unter anderem vereinbart, daß über das gesetzliche Zurückbehaltungsrecht hinaus auch andere Zurückbehaltungsrechte Berücksichtigung finden sollen, so muß bei einer derartigen Vereinbarung darauf geachtet werden, daß die Rechtslage der Mitgift nicht verschlechtert wird, sofern das Übereinkommen nicht für den Fall geschlossen wird, daß Kinder vorhanden sind. Das ist bei uns nämlich geltendes Recht, und Julian schreibt dies, und es ist durch Reskript bestimmt. Es kann dann also, auch wenn nur ein Kind vorhanden ist, die gesamte Mitgift zurückbehalten werden, es sei denn, daß es durch Schuld des Mannes zur Scheidung gekommen ist. Ist aber nichts vereinbart, so können allein die gesetzlichen Zurückbehaltungsrechte ausgeübt werden.)

Das Blatt des Manuskripts ist von rechts so beschnitten worden, daß die Textzeilen nahezu zur Hälfte weggefallen sind. Die kursiv gekennzeichneten Ergänzungen Mommsens sind einleuchtend und haben weit überwiegend Zustimmung gefunden[22]. Der Text kann daher als Beleg dafür genommen werden, daß Vereinbarungen zum Schicksal der *dos* nach Auflösung der Ehe zum Nachteil der Frau wirksam nur dann getroffen werden konnten, wenn zumindest ein Kind in der Ehe geboren ist und wenn im Falle der Auflösung durch Scheidung der Mann nicht der schuldige Teil war.

War demnach Voraussetzung, daß die Scheidung nicht vom Mann verschuldet war, so bleiben die drei Möglichkeiten, daß beide Ehegatten gleiches Verschulden trifft, daß der Frau das Verschulden anzulasten ist und daß auf keiner Seite Verschulden anzunehmen ist.

20 Vgl. etwa Ulp. D. 4,8,31 pr.

21 Vgl. auch *Stiegler* (Fn. 14), S. 442 (zu fr. Vat. 107: „Denn *culpa viri* durfte nie vorliegen“).

22 Nach der Ausgabe *P. Krüger, Th. Mommsen, W. Studemund*, Collectio librorum iuris anteiustiniani, III, Berlin 1890, S. 1ff. (54), die zugrundegelegt wird auch von *G. Baviera*, FIRA II, S. 464ff. (493); *J.E. Spruit, K.E.M. Bongenaar*, Zutphen 1987, S. 13ff. (56); *A. d Ors, A. Castresana Herrero*, Madrid 1988, S. 1ff. (58). Die Abweichungen in der Lesart von *E. Seckel, B. Kübler*, Iurisprudentiae anteiustinianae reliquias, II/1, Leipzig 1911, S. 207 (250: rescrip*tum itaque a marito etiam tota* dos … non culp*a eius divortium* …), und von *O. Lenel*, Palingenesia iuris civilis, II, Leipzig 1889, Sp. 646 (Ulp. Nr. 963) weisen keine für die Sache wesentlichen Abweichungen auf.

(1) Bei beiderseitigem Verschulden läßt sich nicht sagen, den Mann treffe kein Verschulden; dasselbe gilt im Hinblick auf die Frau. Es kommt deshalb zur *culpa*-Kompensation, was durch Papinian[23] bestätigt wird[24].

Folglich liegen die Voraussetzungen des Dotalpaktums über den Verbleib des *dos* nicht vor, so daß die Mitgift der Frau innerhalb der gesetzlichen Fristen in drei Jahresraten vollständig zurückzugeben ist. Da der Mann von Verschulden nicht frei ist, entfallen auch die *retentiones propter liberos* und *propter mores*.

(2) Fällt nur der Frau *culpa* zur Last, so verliert sie aufgrund des *pactum* die gesamte Mitgift. Das ist, zumal wenn es sich um ein leichteres Verschulden handelt, eine sehr harte Sanktion. Nicht minder schwer, aber verständlicher sind die Konsequenzen im Fall, daß die Scheidung wegen Ehebruchs der Frau erfolgt.

(3) Kommt es ohne Verschulden der Frau oder des Mannes zur Scheidung und liegt auch in dem Umstand, daß ein Teil die Scheidung herbeigeführt hat, kein Verschulden[25], so ergibt sich schon aus dem Wortlaut des *pactum*, daß der Mann die Mitgift behält. Eine Bestätigung findet diese Annahme in Fragmenta Vaticana 106-107, *Paulus 8. Resp*.:

> Convenit in pacto dotali, ut divortio facto sextae liberorum nomine retinerentur: quaero, an discidio interveniente sextae retineri possint. Paulus respondit secundum ea quae proponuntur posse. 107 item quaesitum est, si vir repudium misit et eandem reduxit eaque mulier absente viro de domo eius discesserit, an eaque sextae retineri possint ex priore pacto. Paulus respondit, si verum divortium intercessit et ad eundem rursum reversa non renovato pacto man*en*te dote divortit, sextas liberorum nomine ita demum retineri posse, si culpa mulieris divortium intercessit. (In einer Mitgiftabrede wurde vereinbart, daß im Fall einer Scheidung die Sechstel wegen der Kinder einbehalten würden. Ich frage an, ob nach Vollzug der Scheidung die Sechstel einbehalten werden können. Paulus hat die Auskunft gegeben, nach dem, was vorgetragen werde, könne man das. 107. Des weiteren wurde gefragt: Wenn der Mann einen Scheidebrief schickte, dann die Frau wieder heiratete und sie während einer Abwesenheit ihres Mannes sein Haus verließ – könnten dann diese Sechstel aufgrund der früheren Abrede einbehalten werden? Paulus hat das Gutachten erteilt: Ist es zu einer wirklichen Scheidung gekommen und hat die Frau nach der Rückkehr zu demselben Mann die Mitgift fortbestehen lassen, ohne die Abrede zu wiederholen, und dann die Scheidung vollzogen, so können die Sechstel wegen der Kinder nur unter der Bedingung einbehalten werden, daß die Schuld an der neuerlichen Scheidung bei ihr liege.)

Offensichtlich geht es um einen einheitlichen Fall[26]. Der Petent richtet zwei Fragen an Paulus. Die erste betrifft das Grundsätzliche, ob eine *retentio propter liberos* überhaupt

23 (11. *quaest*.) D. 24,3,39: Viro atque uxore mores invicem accusantibus causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est. id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contempserunt, neuter vindicatur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.

24 Vgl. *A. Söllner*, Zur Vorgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae, Köln, Wien 1969, S. 118; *Stiegler* (Fn. 21), S. 438.

25 Vgl. Cic., topica 4,19.

26 Vgl. *O. Lenel*, Palingenesia iuris civilis, I, Leipzig 1889, Sp. 1235, Paul. Nr. 1513; *J.H. Wolff*, Dos und erneuerte Ehe, SZ 66 (1948) 40f.; *R. Yaron*, De divortio varia, TR 32 (1964) 540; *Stiegler* (Fn. 14), S. 440 („vielleicht“).

generell für den Fall der Scheidung vereinbart werden kann, also auch wenn die Frau kein Verschulden trifft – was eine Verschlechterung der *condicio mulieris* ist[27]. Paulus bejaht die Frage und damit wird es erforderlich, auf die zweite Frage einzugehen, aus der sich der konkrete Sachverhalt ergibt: Für die erste Ehe war die Mitgift mit der genannten Dotalabrede bestellt worden. Es kam zur Scheidung und später zur Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft mit *affectio maritalis* und unter Belassung der *dos* beim Mann. Doch erlosch die eheliche Gesinnung auf Seiten der Frau, die mit Verlassen des Hauses die zweite Scheidung vollzog.

Paulus stellt sein Gutachten unter den (sich bei der Wiedervereinigung von Ehegatten immer aufdrängenden) Vorbehalt, daß die erste Ehe durch eine wirkliche Scheidung aufgelöst wurde, und betont die weitere Voraussetzung, daß, auch wenn die Mitgift beim Ehemann verblieb[28], das Dotalpaktum nicht erneuert wurde. Daß er nicht davon ausgeht, die *quasi renovatio* der *dos* erfasse auch die Abrede, erklärt sich wahrscheinlich aus dem anerkannten Auslegungstopos des *favor dotis*[29], wird mit dieser Auslegung doch das die Frau benachteiligende *pactum* in Grenzen gehalten.

Aus dem Wegfall des *pactum* folgt, daß die gesetzliche Regelung anzuwenden ist, eine *retentio propter liberos* also nur bei *culpa mulieris* ausgeübt werden kann (UE 6,10). Mit dieser Hervorhebung bestätigt Paulus zugleich die für unseren Zusammenhang entscheidende und schon aus fr. Vat. 106 erschlossene Annahme, daß dann, wenn das *pactum* erneut vereinbart worden wäre, die Sechstel auch unabhängig von einer Schuld der Frau hätten einbehalten werden können[30]. Daß es sich bei den Dotalpacta zur Einbehaltung der *gesamten dos* bei einer Scheidung ohne Verschulden des Mannes ganz entsprechend verhält, die Frau also ohne ihr Verschulden die Mitgift verlieren kann, ergibt sich aus fr. Vat. 120.

Bei Lichte besehen kann sich das *pactum* also als eine die gesamte Mitgift erfassende verschuldensunabhängige Verfallklausel zu Lasten der Ehefrau erweisen. Bedenkt man, daß die *dos* den nachehelichen Unterhalt der Ehefrau sichern und ihre Wiederverheiratungschancen wahren sollte, so wird klar, daß sich das *pactum* in dieser Situation für die schuldlose Frau geradezu existenzvernichtend auswirken und sie von einer Scheidung abschrecken würde. Mit dem Prinzip *libera matrimonia esse antiquitus placuit* steht das in einem bislang kaum beachteten[31] krassen Widerspruch.

3.3 Eine Erklärung für diese noch in der Spätklassik fortbestehende Widersprüchlichkeit dürfte im römischen Traditionalismus liegen. In Zeiten, die über das 2. Jahrhundert v. Chr. zurückreichen, war es in Fällen des Ehebruchs und eines anderen als gravierend

27 Vgl. o. Fn. 15.

28 Das bedarf hier keiner Vertiefung. Zur Möglichkeit einer stillschweigenden Neubestellung s. *A. Wacke*, Zur Lehre vom pactum tacitum, SZ 91 (1974) 251ff. mit Mod. D. 23,3,13; Iav. D. 23,3,64; Sev.-Ulp. D. 23,3,40 (*quasi renovata dote*).

29 Zu diesem *J.F. Stagl*, Favor dotis, Wien, Köln 2009, freilich ohne Berücksichtigung von fr. Vat. 107.

30 Ebenso *Wolff* und *Yaron* (beide Fn. 26); *Stiegler* (Fn. 14), S. 442.

31 Wohl nur *Söllner* (Fn. 24), S. 124 hat bislang die allgemeine „Vorstellung einer freien, jederzeit ohne Rechtsnachteil aus freien Stücken lösbaren Ehe“ als ein „zumindest unvollständiges Bild“ kritisiert. Siehe etwa *Kaser* (Fn. 13), S. 326 („Im ganzen aber gilt die Freiheit der Scheidung als unantastbares, aus dem Wesen der Ehe folgendes Prinzip“).

aufgefaßten Fehlverhaltens der Frau, etwa heimlichem Weingenuß, dem Mann erlaubt, bei der Scheidung die Mitgift zu behalten, ganz abgesehen von dem (von der *lex Iulia de adulteriis* beseitigten) Recht, die beim Ehebruch angetroffene Frau zu töten[32]. Hier tritt deutlich hervor, daß die Einbehaltung der *dos* eine Strafe für den Ehebruch darstellt. Dieses Verständnis hat sich auch zu den *retentiones* in deren Fassung durch die l*ex Iulia de adulteriis* von 17 v. Chr. erhalten, die deshalb *morum graviorum nomine* mit einem Sechstel höher ausfallen als die ein Achtel ausmachenden *leviorum nomine* und die deshalb *propter liberos* eine *culpa* der Frau an der Scheidung voraussetzen[33].

Die überkommene Rechtslage hat offenbar auch nach Erlaß der augusteischen Ehegesetze noch die Vorstellungen der maßgeblichen Kreise in dem Sinne beeinflußt, daß man über die Sanktionen der Gesetze hinaus zur Sicherung der ehelichen Treue der Frau am Herkömmlichen festhalten sollte, freilich auch in Anpassung an diese Gesetze. Denn das Erfordernis, daß zumindest ein Kind in der Ehe geboren ist, dürfte erst durch sie begründet worden sein, ergab sich aus diesem Umstand doch, daß die Ehe zur Erfüllung des „bevölkerungspolitischen Auftrags" der augusteischen Ehegesetze tauglich war; aus einer solchen Ehe auszubrechen, lief dem staatlichen Interesse zuwider[34]. Es kommt hinzu, daß der „Leitfall" einer nicht vom Ehemann verschuldeten Scheidung ein Ehebruch der Frau gewesen sein wird. Dieser zog nach der *lex Iulia de adulteriis* ein Scheidungs- und Anklagegebot für den Ehemann, der andernfalls als Kuppler (*leno*) bestraft werden würde, nach sich; die schuldige Frau wurde mit dem teilweisen Verlust ihrer Mitgift aufgrund der *retentiones propter liberos* und *propter mores* bestraft[35]; darüber hinaus traf sie das Verbot der Wiederverheiratung[36]. Hinzu traten in der strafgerichtlichen *quaestio de adulteriis*, die durch die *lex Iulia* von 17 v. Chr. eingeführt wurde, die Relegation der Frau und des Ehebrechers auf verschiedene Inseln und für die Frau die Konfiskation der Hälfte ihrer Mitgift und eines Drittels der *parapherna*[37]. Angesichts dieser Sanktionen bestand kein Wiederverheiratungsinteresse mehr, das es gerechtfertigt hätte, ihr die Mitgift zu sichern; im übrigen war es Zweck der Strafe, die Frau in Mitgift und Vermögen zu treffen, womit auch einer Sicherung ihres Versorgungsinteresses die Grundlage entzogen war. Wenn aber für den Hauptfall einer

32 Dionysios v. Halikarnass 2,25; Plutarch, Romulus 22; Plinius, N.H. 14,90 und vor allem Gellius, N.A. 10,23,4-5 (aus der Rede des Cato Censorius *de dote*: „vir … cum divortium fecit mulieri iudex pro censore est. imperium quod videtur habet. si quid pervorse taetreque factum est a muliere, multatur; si vinum bibit, si cum alieno viro probri quid fecit, condemnatur … in adulterio uxorem tuam si prehendisses, sine iudicio impune necares … "); dazu Näheres bei *W. Kunkel*, Das Konsilium im Hausgericht, SZ 83 (1966) 234ff., der aus *vir ... iudex pro censore* folgert, es gehe in der ersten Fallgruppe um ein Multierungsrecht des Mannes, nach Art zensorischen Sittengerichts Abzüge *propter mores* zu machen.

33 Vgl. auch UE 6,13: *Mariti mores puniuntur ...* .

34 Vgl. *M. Humbert*, Le remariage à Rome, 1972, S. 278.

35 Vgl. o. zu Fn. 14.

36 *Kaser* (Fn. 13), S. 319 Fn. 10. Ein Mann, der sie in Kenntnis ihrer Verurteilung wegen Ehebruchs heiratete, unterlag einer Bestrafung wegen *lenocinium*, Ulp. D. 48,5,30,1.

37 *Th. Mommsen*, Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, S. 698f. (mit Pauli sent. 2,26,14); *B. Santalucia*, Diritto e processo penale, 2. Aufl., Mailand 1998, S. 204 mit Fn. 57. In Homenaje Guzmán (Fn. 12), S. 83 ist mir leider eine (lucubrationsbedingte) Vermengung der privatrechtlichen und der strafrechtlichen Scheidungssanktionen der *lex Iulia* unterlaufen.

Scheidung aus Verschulden der Frau schon von Gesetzes wegen derart einschneidende Sanktionen bestanden, werden Braut und Brautvater keinen größeren Widerstand gegen das Paktum aufgebracht haben, wonach die Mitgift bei einer Scheidung ohne Verschulden des Mannes bei diesem verbleiben sollte.

Im übrigen wird es sich bei der an sich selbstverständlichen Einschränkung *si modo non culpa viri divortium factum est* (fr. Vat. 120) um eine feste Klausel der Vereinbarung, die *dos* solle im Scheidungsfall beim Mann verbleiben, handeln, die sich in der Formularpraxis gebildet hat und bei der der eher seltene Fall einer von keiner Seite verschuldeten Scheidung außer acht gelassen wurde. Heutzutage würde man durch teleologische Reduktion zu dem Ergebnis kommen, daß dieser Fall von der Vereinbarung nicht erfaßt sei. Für die Klassik bleibt jedoch der ungelöste Widerspruch zum Prinzip der *libera matrimonia*. Und es bleibt der Eindruck, daß die römischen Ehefrauen durch die sehr bedrohlichen Konsequenzen von Dotalpakta, die ihre Hausväter für sie abgeschlossen oder auf die sie selbst sich möglicherweise in einer gewissen *levitas animi* eingelassen hatten, an ihre Ehe gefesselt werden konnten.

Gegen Ende seiner 1. Satire bei Ratschlägen für einen Liebe suchenden Mann – Passagen, die Wieland in seiner vorzüglichen Ausgabe ausließ, denn es würden „weder unsre Sitten noch unsre Ohren … diesen Grad von altrömischer Freyheit, und die etwas cynische Laune, welcher Horaz hier den Zügel schiessen läßt, ertragen können“[38] – trifft Horaz den Punkt, wenn er die Frau, die während des Abenteuers mit einem Liebhaber von dem Ruf aufgeschreckt wird, ihr mann Mann nähere sich dem Hause, als erste Reaktion an den Verlust ihrer Mitgift denken läßt[39].

Abstract

As becomes apparent if one studies *pacta dotalia*, the principle *libera matrimonia esse antiquitus placuit* did not apply quite as unrestrictedly as commonly assumed. These *pacta* could involve discrimination against women in the sense that a subsequent divorce would threaten their subsistence.

38 *M.C. Wieland*, Horazens Satiren, 2. Aufl. 1804, Nachdruck Nördlingen 1985, S. 46.

39 Horaz, Sat. 1,2,131.

WETTELIJKE REGELS VOOR INTERPRETATIE VAN OVEREENKOMSTEN: NODIG OF OVERBODIG?

Peter Kop*

1. Inleiding

De woorden van een wet, een overeenkomst of een testament behoeven vrijwel altijd interpretatie, hoe duidelijk ze op het eerste gezicht ook mogen lijken. De rechtshistoricus Govaert van den Bergh formuleerde bondig: "Het in een wet of in een overeenkomst gebruikte woord is voor de jurist geen vrijblijvende taaluiting en het vindt zijn verklaring nooit alleen in de context van de taal maar ook in die van het juridisch systeem, de sociale structuren en de economische verhoudingen."[1]

Aan het einde van de achttiende eeuw is in continentaal Westeuropa een punt of in een codificatie van het burgerlijke recht de regels van uitleg van een overeenkomst moeten worden opgenomen. In de Code civil gebeurt dit alsmede in de wetboeken die daarvan een afgeleide zijn zoals het Burgerlijk Wetboek van 1838. Hier te lande zijn deze regels thans afgeschaft als, kort gezegd, nietszeggend en vervangen door in de jurisprudentie gevormde regels. Vervolgens sluipen echter dezelfde formuleringen weer binnen via internationale verdragen. Het lijken mantra's, spreuken die een bezwerende kracht hebben.

2. De Nederlandse ontwikkeling

In januari 1795 gaat stadhouder Willem V aan boord van de vissersboot Johanna Hoogenraadde en vlucht naar Engeland. Een tijdperk breekt aan met nieuwe verlangens. Eén van de wensen is codificatie van het recht, waaronder het (materiële) privaatrecht. Op 28 september 1798 wordt een commissie van twaalf leden benoemd, belast met het ontwerpen van een Algemeen Burgerlijk Wetboek en een Lijfstraffelijk Wetboek. Eén van de toonaangevende leden van de commissie is de hoogleraar aan het Amsterdamse Athenaeum Hendrik Constantijn Cras (1739-1820). Cornelis Theodorus Elout (1767-

1 G.C.J.J. van den Bergh, Taal en recht of het interpretatieprobleem, *Ars Aequi* 16 (1966-1967), 102.

* Voormalig Raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 478-488

1841) is de leidende man in de commissie die zich bezighoudt met het ontwerpen van een lijfstraffelijk Wetboek.

In de discussie over de mogelijke opzet van een burgerlijk wetboek zet Cras de toon. Hij benadrukt de noodzaak van het opnemen van interpretatieregels in een aan de specifieke bepalingen voorafgaand gedeelte. Dit zal mogelijk het enige middel zijn om de willekeur van de rechters in te tomen door hen tenminste in die gevallen, waarin interpretatie onvermijdelijk is, aan de regels van gezonde uitlegkunde te binden.[2] De titel over de uitlegkunde kan dus van dienst zijn, "om het oordeel van rechters en rechtsgeleerden te bestieren, den waren zin van duistere uiterste willen of overeenkomsten na te vorschen en te bepalen".[3] Als rechters tegen de in het wetboek zelf opgenomen regels van gezonde uitlegkunde zouden zondigen, zouden zij even strafbaar zijn "alsof zij tegens de wetten zelven hadden aangegaan. Een hoofdstuk derhalven over de uitlegkunde, en derzelver bepaalde regels is mooglijk wel wat nieuws in een wetboek, maar niettemin ene voorname deugd van hetzelven; en ook bijzonder geschikt, om dit voordeel toe te brengen, dat de verschillende regtbanken in hetzelfde land, over dezelfde regtszaken eenparige vonnissen zouden uitbrengen. Dit is een gewigtig voordeel: immers wat maakt de regterlijke magt meer onagtbaar dan het wankelen der vonnissen, door haar uitgesproken".[4]

Het Groningse commissielid Campegius Hermanus Gockinga (1748-1823) is niet enthousiast over dit voorstel. Hij ziet niet in dat de mogelijke willekeur van de rechter hiermee kan worden beteugeld. "Zo het mij voorkomt, zal dit het oogmerk niet kunnen bereiken, blijvt men in algemene bepalingen; ... Ik geloof dus, dat het eenvoudiger zal zijn de nodige regelen van uitlegginge, toerekeninge etc. te plaatzen bij die stoffen, waar ze bijvoegen. Buitendien komt het mij tot nog toe niet bestaanbaar voor, om dusdane stellingen tot een dwangrecht te maken."[5]

Cras reageert wat korzelig. "De regtsstellingen en voorschriften in het regtswetboek kunnen niet dan algemeen zijn. Daar is egter tusschen het hoogst algemeene en het geheel byzondere eene groote tusschenwijdte."[6] Tenslotte wijdt Cras nog enige nadere consideratiën aan het plan van het wetboek; hij haalt Ulpianus (circa 170-223) aan waar deze stelt dat het in de natuur der dingen besloten ligt dat er meer transacties bestaan dan benamingen daarvoor[7] en verbindt daaraan de conclusie dat hiermee ook de noodzakelijkheid van een bijzondere titel over de uitlegkunde kan blijken, "welke in 't Romeinsche wetboek ontbroken heeft, hoe zeer hier en daar goede voorschriften van

2 Hij verwijst naar Hugo de Groot, *Recht van vrede en oorlog,* Boek 2, Deel 16 (*De interpretatione*).

3 *Bronnen van de Nederlandse Codificatie sinds 1798 I. Stukken van algemene aard; de gedrukte ontwerpen van 1804 en hun voorgeschiedenis*, verzameld door H. Aa, uitgegeven door J.Th. de Smidt en A.H. Huussen Jr., Utrecht 1968, 8.

4 Aa, *supra* n. 3, 20.

5 Aa, *supra* n. 3, 50.

6 Aa, *supra* n. 3, 137.

7 D. 19.5.4: *Ulpianus, libro trigesimo ad Sabinum. Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*. Cras citeert als volgt: *Natura verum ita comparatum esse ut plura sint negotia, quam verba.*

uitlegkunde in dat wetboek verspreid liggen".[8] Cras legt het punt voor aan de algemene commissie, die concludeert: "Dat er ook een Titul van generale regulen van uijtlegkunde toepasselijk op alle de onderwerpen van het recht voor het wetboek zal worden gesteld."[9]

Na in 1803 gemaand te zijn levert de commissie in 1804 een aantal werkstukken af, waaronder de "Inleiding van het Recht in het algemeen". Het derde hoofdstuk daarvan is gewijd aan de meenings- en wilsverklaringen in het algemeen, het vierde hoofdstuk aan de uitlegging van meenings- en wilsverklaringen en het negende hoofdstuk aan de uitlegging der wetten. Het derde en het vierde hoofdstuk zijn in eerste instantie geconcipieerd door het lid van de (algemene) commissie Elout. De opzet van de ingeleverde ontwerpen is leerstellig.

Het vierde Hoofdstuk opent met de mededeling: "Eene duistere of dubbelzinnige meening of wilsverklaring geldt in die betekenis, welke de regels van uitlegging, 't zij in 't algemeen, 't zij naar den aart der bijzondere onderwerpen, aan de hand geven" (art. 1). Vervolgens wordt uitlegging omschreven als "eene bepaling of vaststelling eener onzekere meenings- of wilsverklaring volgens de hoogste waarschijnlijkheid" (art. 2). En daarop volgt in artikel 3 een vaststelling die men in het Frankrijk van de Code civil te logisch vond om op te nemen: "Hier uit volgt, dat wanneer eene verklaring van wil of meening duidelijk is, geene uitlegging te pas komt." De overige artikelen cirkelen alle om het bepalen of vaststellen van de betekenis van een obscure of ambiguë verklaring en wel in een eigen idioom dat volstrekt afwijkt van de desbetreffende bepalingen in de Code civil. De laatste bepaling (art. 33) doet enigszins modern aan: "Indien verschillende regels van uitlegging tegen elkanderen inlopen, en zich als in evenwigt houden, geldt die uitlegging, welke met de rechtvaardigheid en billijkheid het meeste instemt."

De opmerkingen van het Hoog Nationaal Gerechtshof over de gedrukte ontwerpen-1804 zijn vernietigend. Allereerst wordt opgemerkt dat het ontbreken van een (ontwerp) Burgerlijk Wetboek het Hof in zijn beoordeling "merkelijk belemmerd" heeft. Het ingeleverde en gedrukte gedeelte, een inleiding, kan immers niet zonder het corpus, het wetboek, worden beoordeeld. Vervolgens wordt betoogd dat, gelet op de opdracht van de Commissie, namelijk het ontwerpen van een wetboek hetgeen niet meer noch minder had behoren te bevatten dan stellige wetten, deze geenszins inhoudt "eene opgave en ontwikkeling van wijsgerige en rechtsgeleerde grondbeginzelen, bepalingen en verdeelingen, over welke in de scholen der geleerden wordt gehandeld; en die, hoe geschikt dezelve ook mogten zijn om aangenomen te worden, of dienstig in het maken van wetten, nogtans zelve veelal, uit hunnen aard, geen onderwerp van wetgeving kunnen uitmaken". Het Hof concludeert dat het ingeleverde "meer een leerstelzel van regtskunde is dan wel eigenlijke wetten bevat", met als conclusie dat het "over het geheel beter voor het onderwijs in de regtsgeleerde scholen, dan voor den taak van eenen wetgever geschikt is".[10] En voorzover dit nog niet duidelijk zou zijn, volgt een opsomming van de hoofdstukken van de Inleiding die men dus op deze grond minder geschikt acht en dat is vrijwel de gehele Inleiding. Het vierde hoofdstuk, de uitleg van menings- en

8 Aa, *supra* n. 3, 153.

9 Aa, *supra* n. 3, 155.

10 Aa, *supra* n. 3, 557.

wilsverklaringen, wordt afgekeurd, alsmede het negende hoofdstuk. De ontwerpen van de commissie Cras zijn nooit wet geworden.

De Bataafse republiek gaat ten onder en het Koninkrijk Holland wordt geschapen. Artikel 3 van het Koninklijk Besluit van 24 februari (de Sprokkelmaand) 1809, dat de invoering van het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het koningrijk Holland*, regelt, bepaalt dat bij "de invoering van dit Wetboek zullen zijn afgeschaft het Roomsche Regt, mitsgaders alle Wetten en Ordonnantiën, tot het Burgerlijk Regt betrekking hebbende, en welke tot nu toe in het Koningrijk, of eenig gedeelte van hetzelve in vigueur zijn geweest ... ten zij dezelve uitdrukkelijk bij dit Wetboek zijn uitgezonderd".[11] De wetgever verordonneert in artikel 4 van hetzelfde Besluit dat ondanks vorenvermelde afschaffing provisioneel, en wel totdat te dien aanzien nader zal zijn bepaald, "in kracht blijven alle Wetten en Costumen" betrekking hebbend op – samengevat – het handelsrecht. De wetgever neemt derhalve op dat gebied niet het risico van rechtsonzekerheid.

Het in 1809 door Lodewijk Napoleon (1778-1846) geïntroduceerde wetboek bevat een aantal bepalingen, gewijd aan de uitleg van overeenkomsten.[12] De regels zijn vrijwel gelijkluidend aan de voordien door Joannes van der Linden (1756-1835) in zijn *Ontwerp Burgerlijk Wetboek* opgenomen regels.[13] Het wetboek van Lodewijk Napoleon heeft in de praktijk weinig betekenis gehad.[14] Bovendien wordt het Koninkrijk Holland in 1810 door Frankrijk geannexeerd – *La Hollande est réunie à l'Empire*[15] – en doet Lodewijk Napoleon afstand van de troon. Op 1 januari 1811 (ter linker oever van de Rijn)/1 maart 1811 (voor de rest van het land) wordt de Code civil van kracht.[16] Ook de Code civil bevat een aantal interpretatie-bepalingen. Deze artikelen "de l'interprétation des conventions" gaan net zoals de zeer daarop gelijkende artikelen van het Wetboek Lodewijk Napoleon en van het Ontwerp van Van der Linden grotendeels terug op de *Traité des obligations* van Robert Joseph Pothier (1699-1772).[17]

In het Burgerlijk Wetboek van 1838 zijn de artikelen 1378-1387 BW aan de uitlegging van overeenkomsten gewijd en de artikelen 932 tot en met 934 BW aan de uitleg van testamenten. De artikelen 1379-1387 corresponderen in hoge mate met de artikelen 1156-1164 Cc.[18]

11 Besluit, vaststellende de Pointen, welke bij dadelijke invoering van het Wetboek Napoleon zullen worden nagekomen. Zie J. van de Poll, *Verzameling van vaderlandsche wetten en besluiten*, Amsterdam 1840, 434 e.v.

12 *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland*; ter Koninklijke Staatsdrukkerij, 1809; Boek 3, Tit. 2, hoofdst. 3, afd. 5 (Van de uitlegging der overeenkomsten) artt. 1068-1076.

13 *Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807/1808*, heruitgegeven met enige nog onuitgegeven stukken, verzorgd door J.Th. de Smidt, Amsterdam 1967.

14 Zie o.m. J.H.A. Lokin, WNH, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 170/3 (2009), 94.

15 Décret impérial, portant réunion de la Hollande à l'Empire van 8 juli 1810.

16 J.H.A. Lokin, Die Rezeption des Code Civil in den nördlichen Niederlanden, *Zeitschrift fur Europäisches Privatrecht* 4 (2004), 932 e.v.

17 R.J. Pothier, *Traité des obligations*, Paris 1761; gebruikte uitgave Brussel 1831, 26 e.v.

18 K. Jansma, *Uitlegging van overeenkomsten*, Hoogeveen 1931, 61. Zie ook H.-J.-B. Dard, *Code civil, avec des notes indicatives des lois romains, coutumes, ordonnances, édits et déclarations qui ont rapport a chaque articles, ou, conférence du code civil avec les lois anciennes*, 3e ed., Paris 1827 en Van den Bergh, *supra* n. 1, 102-109.

3. *Interpretatio cessat in claris*

Er is één groot verschil, te weten enerzijds de nadruk in de Code civil en in de door de Code civil geïnspireerde teksten van Joannes van der Linden en het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland*, op de bedoeling van partijen en anderzijds de nadruk in de teksten van de commissie Cras en het Burgerlijk Wetboek van 1838 op de bewoordingen van de overeenkomst (art. 1378: Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken). Wanneer Carel Asser (1780-1836) het Nederlands Burgerlijk Wetboek vergelijkt met het wetboek Napoleon, vermeldt hij dat de vierde afdeling "handelende van de uitlegging der overeenkomsten", grotendeels uit de artikelen 1156-1164 van het Franse Wetboek is overgenomen. Artikel 1378 BW (oud) wordt in de Code civil niet aangetroffen. In dit artikel is bepaald, dat er geen grond tot uitlegging bestaat, indien de bewoordingen van een overeenkomst duidelijk zijn. Dit beginsel maakt, aldus Carel Asser, de hoeksteen uit van het stelsel der uitlegging van overeenkomsten; "hetzelve is evenzeer op de uitlegging van wetten toepasselijk, en strekt om des regters magt niet in willekeur te doen ontaarden, en hem te beletten zijnen wil in de plaats van dien des wetgevers of der contractanten te stellen, door wetten of overeenkomsten uit te leggen, die uit hoofde van derzelver duidelijkheid en ondubbelzinnigheid voor geene verschillende uitlegging vatbaar zijn".[19] Cornelis Willem Opzoomer (1821-1892) en Gerhardus Diephuis (1817-1892) zijn ook zeer tevreden met de norm van 1378 BW (oud). Opzoomer stelt vergenoegd vast: "Onze wetgever is door het vaststellen van dit groote beginsel geheel afgeweken van hetgeen in het Fransche regt bepaald was. De afdeeling over de uitlegging der overeenkomsten vangt daar terstond met een artikel aan, waarin juist het tegendeel gehuldigd wordt, namelijk dat men zich niet aan den letterlijken zin der woorden moet binden, maar altijd naar de bedoeling der partijen moet vragen. Hier is dus geen onderscheid gemaakt tusschen het geval, waarin de woorden duidelijk, en dat waarin zij dubbelzinnig zijn. Bij ons daarentegen staat die onderscheiding op den voorgrond, en komt het vragen naar de bedoeling eerst dan te pas, als de woorden voor onderscheidene uitleggingen vatbaar zijn. En niets kan redelijker heten."[20]

Het in artikel 1378 BW (oud) vervatte beginsel wordt echter, in tegenspraak tot hetgeen de Nederlandse schrijvers meenden te weten, ook gehuldigd door de ontwerpers van de Code civil. Zij formuleren hetzelfde beginsel met betrekking tot de uitleg van een wet: "Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit."[21] En ook Portalis formuleert in zijn *Discours préliminaire*: "Quand la loi est claire, il faut la suivre."[22] Uiteindelijk is deze norm uit de desbetreffende titel van de Code civil (*De l'application en de l'interprétation des lois*) geschrapt maar daarmee

19 C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon,* 's Gravenhage/ Amsterdam 1838, 484.

20 C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek. Aantekening op artikelen die nog verklaring behoeven*, Deel 2, Amsterdam 1857 (2e herziene druk), 97. Vgl. G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk recht*, Deel 10, Groningen 1886, 462 e.v.

21 Tit. 5, art. 5. Zie F.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, II, Paris 1827, 7.

22 Fenet, *supra* n. 21, I, 465 e.v., hier 474.

werd geen wezenlijke verandering beoogd. Dat zou ook vreemd zijn geweest want tot aan het einde van de achttiende eeuw is de *communis opinio* dat bij duidelijkheid van de woorden van een wet of van een overeenkomst geen verdere interpretatie nodig is. Dit kwam tot uiting in het adagium *interpretatio cessat in claris*, hetgeen inhoudt: wat duidelijk is mag niet worden geïnterpreteerd, soms ook verwoord als *in claris non fit interpretatio* dan wel *clara non sunt interpretanda*. De theorieën met betrekking tot deze spreuk kan men ook vinden onder de formule van de *sens clair*, de *acte clair*-doctrine dan wel het leerstuk van de *plain meaning* of de *claris verbis*-regel.

De spreuk als zodanig komt niet voor in het Romeinse recht. Men vindt in de Digesten hoogstens passages, die achteraf zijn geïnterpreteerd als steun gevend aan dit adagium, zo bijvoorbeeld de op de bewoordingen van een testament betrekking hebbende passage: "wanneer in de woorden geen ambiguïteit zit, mag de vraag naar de bedoeling/wil niet toegelaten worden."[23] Doch er zijn ook teksten waaruit het tegendeel kan worden afgeleid: "Ook wanneer het edict van de praetor volledig duidelijk is, mag interpretatie ervan niet worden nagelaten."[24] De digesten als grabbelton voor latere generaties.

De formulering *interpretatio cessat in claris* vindt men volgens Schott al in enige vorm bij Petrus Paulus Parisius (1473-1545) en bij Valentin Wilhelm Forster (1574-1620).[25] Emer de Vattel (1714-1767) formuleerde een tijd later: "Le première maxime générale sur l'interprétation est, qu'il n'est pas permis d'interpréter ce qui n'a pas besoin d'interprétation. Quand un acte est conçu en termes clairs et précis, quand le sens en est manifeste et ne conduit à rien d'absurde, on n'a aucune raison de se refuser au sens que cet acte présente naturellement."[26]

4. De artikelen 1379 en 1385 Burgerlijk Wetboek (oud)

De andere normen voor interpretatie van overeenkomsten van het oude Burgerlijk Wetboek komen uit de Code civil en zijn vrijwel gelijk aan de formuleringen zoals die voorkomen in het Wetboek Napoléon en het Ontwerp Burgerlijk Wetboek van Joannes van der Linden. De normen vinden in deze formulering grotendeels hun oorsprong in de *Traité des obligations* van Pothier. Ik citeer ter illustratie de tekst van de artikelen 1156 en 1162 van de Code civil, met daaraan toegevoegd de Nederlandse vertaling van die

23 D. 32.25.1: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.* Zie Clausdieter Schott, 'Interpretatio cessat in claris' – Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit in der juristischen Hermeneutik, in Jan Schröder (red.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie.* Beiträge zu einem Symposion in Tübingen, 29. September bis 1. Oktober 1999 (Contubernium: Bd. 58), Stuttgart 2001, 155-189.

24 D. 25.4.1.11: *Quamvis sit manifestissimum edictum praetoris, attamen non est neglegenda interpretatio eius*. Zie Schott, *supra* n. 23, 162.

25 Schott, *supra* n. 23, 158 en 167, met verwijzing naar Valentin Wilhelm Forster, *Interpres sive de interpretatione libri duo*, Wittenberg 1613 en Petrus Paulus Parisius, *Consilia II*, Frankfurt 1590.

26 Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, II, Londen 1758, 294; zie ook Schott, *supra* n. 23, 156.

artikelen,[27] het desbetreffende artikel in het Burgerlijk Wetboek (oud) en de passage van Pothier, die aan de tekst ten grondslag ligt.

> Art. 1156 Cc.: On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. (Men moet in de overeenkomsten veeleer nagaan, welke de gewone bedoeling der contracterende personen geweest is, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden.)
>
> Art. 1379 BW (oud): Indien de bewoordingen ener overeenkomst voor onderscheiden uitleggingen vatbaar zijn, moet men veeleer nagaan welke de bedoeling der handelende partijen geweest zij, dan zich aan den letterlijken zin der woorden binden.

Deze regel luidt bij Pothier: "On doit, dans les conventions, rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plus que le sens grammatical des termes." Pothier citeert vervolgens ter ondersteuning de eerste zin uit een tekst uit de Digesten *De verborum significatione* (over de betekenis van woorden): Het is heersende leer dat bij overeenkomsten veeleer op de wil van de contracterende partijen dan op hun woorden moet worden gelet[28] (D. 50.16.219: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*).[29]

Deze tekst heeft niet alleen op de Code invloed gehad. Men zie bijvoorbeeld het op 1 januari 1900 in werking getreden Bürgerliches Gesetzbuch. Aldaar is deze norm in §133 verwoord: "Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften." Een meer objektieve uitleg wordt in §157 BGB voorgeschreven: "Verträge sind so auszulegen, wie Treue und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern." In artikel II.-8:101(1) van de *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* komt D 50.16.219 ook weer tevoorschijn: "A contract is to be interpreted according to the common intention of the parties even if this differs from the literal meaning of the words."[30]

> Art. 1162 Code civil: Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. (In geval van twijfeling, wordt de overeenkomst uitgelegd in nadeel van den geen, die iets bedongen heeft, en ten voordeele van hem, die zich bij het contract verbonden heeft.)
>
> Art. 1385 BW (oud): In geval van twijfel, wordt een overeenkomst uitgelegd ten nadeele van degenen die iets bedongen, en ten voordeele van hem die zich verbonden heeft.

Pothier formuleert hetzelfde een fractie anders: "Dans le doute, une clause doit s'interpréter contre celui qui a stipulé quelque chose, et à la décharge de celui qui a contracté l'obligation." Hij citeert hier een tekst uit *De verborum obligationibus* (over verbintenissen door vormelijke bewoordingen), D. 45.1.38.18: Wanneer bij stipulaties

27 *Wetboek Napoleon, vertaald naar de officiële uitgave* (met daaraan toegevoegd een 'Alphabetisch en beredeneerd register der voornaamste zaken in het Wetboek Napoleon vervat'), Amsterdam 1810.

28 Vertalingen uit J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar (red.), *Corpus iuris civilis. Tekst en vertaling*, Zutphen 1996 en 2001.

29 Pothier, *supra* n. 17, 26.

30 *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Interim Outline Edition, München 2008.

de vraag rijst wat de bedoeling was, moeten de bewoordingen tegen de bedinger worden uitgelegd (*In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt*), en een passage uit hetzelfde hoofdstuk, te weten uit D. 45.1.99: doorgaans leggen wij [de tekst] ten gunste van de belover uit (*ferè secundum promissorem interpretamur*). En voor het geval het nog niet duidelijk is, voegt hij eraan toe: "Le créancier doit s'imputer de ne s'être pas mieux expliqué."[31]

5. Ambiguïteit

De regels met betrekking tot de interpretatie van contracten, die de Code civil bevat, zijn vrijwel alle terug te voeren op Romeinsrechtelijke teksten en op de vorm en inhoud die deze tijdens de receptie hebben gekregen. Het zijn soms teksten die cirkelen rond het probleem van de ambiguïteit, de *ambiguitas*, onderwerp van discussie in de Griekse en de Romeinse rhetorica én in het Romeinse recht.[32]

In de rhetorica wordt zowel de opvatting gevonden dat ieder woord van nature ambigu is als de opvatting dat een dubbelzinnig woord in het geheel niet kan bestaan.[33] In de Griekse/Romeinse rhetorica is sprake van *ambiguitas* (dan wel *αμφιβολια*) wanneer een tekst twee of meer zaken kan betekenen. In de *Rhetorica ad Herennium* wordt dit gegeven met betrekking tot de tekst van een testament uitgewerkt.[34] Cicero (106-43 v.Chr.) heeft in *De inventione* dezelfde casus besproken.[35] In de Romeinsrechtelijke teksten gaat het veelal om, kort gezegd, de *contra stipulatorem* regel, ofwel om de notie die wordt verwoord door de regel "dubbelzinnigheid is (werkt) tegen de *stipulator*". Celsus (67-130) zegt in een van de eerste ons bekende verwoordingen van deze regel: "Wanneer bij een stipulatie de vraag rijst wat bedoeld wordt, keert dubbelzinnigheid zich tegen de *stipulator*."[36] Een soortgelijke gedachte is te vinden in een van Ulpianus (c. 170-223) afkomstige tekst.[37] De kern van het in die teksten verwoorde probleem wordt uitgedrukt door het *quid acti sit* dan wel het *quid actum sit*, het "wat bedoeld is", want allereerst dienen de feiten te worden vastgesteld, ook in het Romeinse recht. Dan pas volgt de vraag naar een eventuele dubbelzinnigheid. Een tekst van Celsus bevat de reden van de (eventuele) gelding van de *contra stipulatorem* regel: alwat een verbintenis bezwaarlijker maakt, moet, als het niet duidelijk in de bewoordingen tot uitdrukking

31 Pothier, *supra* n. 17, 27-28.

32 H.E. Troje, Ambiguitas contra stipulatorem, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 27 (1961), 93-185; Chr. Krampe, Die ambiguitas-regel: Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem, *SZ (Rom. Abt.)* 100 (1983), 185-228; H. Honsell, Ambiguitas contra stipulatorem, in H-P. Benöhr e.a. (red.), *Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien u.a. 1986, 73 e.v.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996 (2e druk), 639.

33 Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, 12.

34 Auctor incertus, *Rhetorica ad herennium*, I.XII, Cambridge/Massachusetts, eerste publicatie in 1954.

35 Cicero, *De inventione* II, 116, 117.

36 D. 34.5.26: *Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*.

37 D. 45.1.38.18: *In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt* (wanneer bij stipulaties de vraag rijst wat de bedoeling was, moeten de bewoordingen tegen de bedinger worden uitgelegd).

wordt gebracht, als weggelaten worden beschouwd; en doorgaans leggen wij de tekst uit ten gunste van de belover, omdat het de schuldeiser immers vrijstond de tekst uitvoeriger te formuleren.[38] Sommige romanisten beschouwen deze redengeving als niet klassiek en wel omdat zij de toevoeging te banaal achten.[39]

Uit de Digesten blijkt dat de *ambiguitas*-regel een ruimere strekking heeft dan alleen het *contra stipulatorem* en dat ook geldt dat dubbelzinnige (neven)afspraken tegen de verkoper en de verhuurder werken (*ambiguum pactum contra venditorem et locatorum*).[40] De tegenwoordig als de *contra proferentem* bekende regel is de modernere taalvariant van de *contra stipulatorem*-regel en brengt dezelfde gedachte tot uitdrukking. *Verba fortius accipiuntur contra proferentem* dan wel *verba ambigua fortius accipiuntur contra proferentem* ofwel de *contra proferentem* (tegen degene die voorstelt)-regel houdt in dat een onduidelijke bepaling in een overeenkomst moet worden uitgelegd in het nadeel van (de belangen van) degene die de bepaling bij de totstandkoming van de overeenkomst heeft bedongen. De uitbreiding naar het *contra proferentem*-beginsel komt volgens Troje en Krampe uit de Glosse.[41]

Het gedachtegoed van de *contra proferentem*-regel – populair samen te vatten als 'degene die een beding formuleert, heeft pech als het beding tweeslachtig is geformuleerd' – is terug te vinden in vele moderne codificaties en rechtstelsels, niet alleen in het Burgerlijk Wetboek (oud) en de Code civil maar ook bijvoorbeeld in artikel 1370 van de veel recentere Italiaanse Code civil, "le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro".

6. Het Burgerlijk Wetboek

In beginsel kent het nieuwe Burgerlijk Wetboek in Nederland geen op het oude wetboek gelijkende uitlegregels met betrekking tot overeenkomsten.[42] Die specifieke bepalingen zijn in het nieuwe Burgerlijk Wetboek weggelaten *daar zij gedeeltelijk vanzelf spreken en overbodig zijn, en voor het overige in hun te grote algemeenheid niet juist zijn.*[43] Zij hielden ook niet meer in dan wenken of raadgevingen aan de rechter, zoals de Hoge Raad nog in bijvoorbeeld 1946 en 1992 oordeelde.[44] De advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense formuleert in haar conclusie bij het arrest van 1992: artikel 1385 BW (oud) is *gebaseerd op de reeds lang achterhaalde gedachte dat er een onderscheid bestaat tussen overeenkomsten met duidelijke bewoordingen en overeenkomsten met*

38 D. 45.1.99pr.: *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*. Zie Krampe, *supra* n. 32, 186.

39 Krampe, *supra* n. 32, 202.

40 Krampe, *supra* n. 32. Vgl. bijv. D. 8.1.21.

41 Krampe, *supra* n. 32, 220 met in de noten 131 en 132 een verwijzing naar Troje, *supra* n. 32.

42 De normen voor de uitleg van testamenten zijn in enigszins gewijzigde vorm (4:46, 4:48, 4:52 en 4:53) gehandhaafd.

43 *Parl. Gesch.* Boek 6, 916.

44 HR 22 juni 1946, NJ 1946, 524 en HR 13 november 1992, NJ 1993, 52.

onduidelijke bewoordingen, en dat alleen de laatste categorie uitleg behoeft. Hierbij voegt zij zich in een visie op de uitleg van rechtsnormen – of die nu in de wet staan of in een overeenkomst zijn geformuleerd – die zijn oorsprong vindt bij Thibaut en Von Savigny[45] en tegenwoordig als volgt kan worden geformuleerd: "Es wäre ... ein Irrtum, anzunehmen, Rechtstexte bedürften nur dort Auslegung, wo sie besonders 'dunkel', 'unklar' oder 'widersprüchlich erscheinen: vielmehr sind grundsätzlich alle Rechtstexte der Auslegung sowohl fähig wie bedürftig. Ihre Auslegungsbedürftigkeit ist kein 'Mangel'... ."[46] Het berust niet op toeval dat het Bürgerliches Gesetzbuch geen algemene, aan de interpretatie van overeenkomsten gewijde titel had.

Het opstellen van algemene uitlegregels is echter thans de taak van de rechtspraak. Zo bestaat er tegenwoordig het zogenaamde haviltexen; dat is het uitleggen van een overeenkomst naar de norm, die is neergelegd in een arrest van Hoge Raad uit 1981: De beantwoording van de vraag, hoe in een schriftelijke contract de verhouding van partijen is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet geschieden op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract, maar komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht.[47]

Tegenwoordig sluipen de oude uitlegbepalingen in een gewijzigde vorm weer binnen in het Nederlandse burgerlijk recht en wel door de invloed van de Angelsaksische rechtsstelsels en de invloed van verdragen. Zo is in 1999 ter uitvoering van de EG-richtlijn 93/13/EEG betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PbEG L 95/29) een onvervalste interpretatiebepaling (opnieuw) in de Nederlandse wet opgenomen (art. 6:238 lid 2 BW): "Bij een overeenkomst als bedoeld in de artikelen 236 en 237 moeten de bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld. Bij twijfel over de betekenis van een beding, prevaleert de voor de wederpartij gunstigste uitleg." Deze bepaling dient gelezen te worden in samenhang met artikel 6:231 onder a, en artikel 240 lid 1 BW. De *contra proferentem*-regel houdt nu in: bij algemene voorwaarden, waarbij een particulier de wederpartij is, moeten deze door de gebruiker duidelijk en begrijpelijk zijn opgesteld en prevaleert bij twijfel over de betekenis van een beding de voor de consument-wederpartij gunstigste uitleg.[48] Toegespitst op het koop/verkoopcontract wil dit zeggen dat het bij een door een professionele verkoper geredigeerd beding voor de hand ligt onduidelijkheden in beginsel ten gunste van de niet-professionele koper uit te leggen. Bij dit een en ander is derhalve voorwaarde dat vaststaat dat de betrokken bepaling ambigu is.

45 F.C. von Savigny, *Vorlesungen über juristischen Methodologie 1802-1842* (Hrg. und eingeleitet von Aldo Mazzacane), Frankfurt 1993, 140 e.v.

46 K. Larenz en Claus-W. Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin e.a. 1995 (3e druk), 26.

47 HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

48 Wet van 28 oktober 1999, in werking getreden op 17 november 1999. Zie R.P.J.L. Tjittes, Uitleg van schriftelijke contracten, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 166/1 (2005), 2-29.

En aldus breekt de moderne tijd aan met in wezen dezelfde mantra's maar nu in meer eigentijdse bewoordingen.

Abstract

Legal rules for the interpretation of contracts have existed in the Netherlands since the codification of their civil law at the beginning of the nineteenth century. Although these rules also existed in earlier legal systems, such as Roman law, their methodological notification as part of a whole was rather new. Initial Dutch attempts to regulate the interpretation of contracts in their own particular way were not successful. Naturally they were familiar with the *Traité des obligations* of Pothier and subsequently in essence copied the French Code civil in various codifications. However, in the Dutch Code of 1838 there was one unique feature: it specified that when the wording of a contract was clear, there was no basis for interpretation. Dutch lawyers are of the erroneous opinion that this was the striking difference with the French code. Nevertheless, the new Dutch Civil Code does not contain legal rules for the interpretation of contracts – it has been said that the earlier provisions were too obvious and too superficial.

JULIAN IM DIALOG ÜBER *MUTUUM*, *TRADITIO* UND *CAUSA*

Christoph Krampe*

1. Iulianus in seinen *digesta* und in den *disputationes* Ulpians**

1.1 Julian D. 41,1,36

Julian sieht bei Konsens *in corpus*, aber Dissens *in causis* kein Hindernis für eine wirksame *traditio.* Das aus seinen *digesta* entnommene Fragment[1] lautet in der durch Justinians Digesten im Titel *de adquirendo rerum dominio* (D. 41,1) überlieferten Fassung:

> D. 41,1,36 *Iulianus libro tertio decimo digestorum*. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. (*Julian im 13. Buch seiner Digesten*. Wenn wir zwar über den Gegenstand, der übergeben wird, einig sind, jedoch über die Erwerbsgründe uneinig, dann sehe ich nicht, warum die *traditio* unwirksam sein soll, zum Beispiel wenn ich glaube, dir aus einem Testament zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet zu sein, du aber glaubst, es werde dir aus einer Stipulation geschuldet. Denn auch wenn ich dir gezähltes Geld schenkungshalber übergebe, du es aber gleichsam als Darlehen annimmst, steht fest, dass das Eigentum auf dich übergeht und

1 O. Lenel, Quellenforschungen in den Edictskommentaren, SZ (Rom. Abt.) 3 (1882), S. 177ff.; ders., Palingenesia iuris civilis, Leipzig 1889, Sp. 355, Iulianus Nr. 222; dazu J.G. Wolf, Error im römischen Vertragsrecht, Berlin 2005 (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, N. F. 45), S. 101f. mit Anm. 46.

* Professor emeritus, Ruhr-Universität Bochum.

** Mit der folgenden Exegese wird ein Referat „In corpus consentimus, in causis dissentimus“ fortentwickelt, das ich am 22. Mai 2012 im Amsterdamer „Forum Romanum“ und auf der Jahrestagung der Société Internationale Fernand de Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité in Salzburg am 13. September 2013 zur Diskussion gestellt habe.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 489-499

kein Hindernis darin liegt, dass wir hinsichtlich der *causa* des Gebens und Empfangens uneins gewesen sind.)

Die Übersetzung folgt zunächst weitgehend der neuesten Auflage des Studienbuchs von Rolf Knütel[2] und entspricht im Wesentlichen auch der neuen, von G. Macours und J.E. Spruit besorgten niederländischen Übersetzung[3]. Auf den ersten Blick beginnt der Text mit einer allgemeinen Problemstellung: Wirksamkeit einer *traditio* bei Konsens *in corpus*, aber Dissens *in causis* und einer die Unwirksamkeit verneinenden Antwort: *non animadverto, cur inefficax sit traditio*. Zur Begründung folgt zunächst ein *fundus*-Beispiel, in welchem die Beteiligten verschiedene Verpflichtungsgründe annehmen (*veluti – deberi*): Der Leistende will mit der Übertragung des Grundstücks einer vermeintlichen Verpflichtung aus einem Testament nachkommen, der Empfänger glaubt, es werde eine Stipulationsverpflichtung erfüllt. Der Dissens liegt daher in den der *traditio* vorangehenden Verpflichtungsgründen (*in causis*). Andererseits aber belegt das *fundus*-Beispiel eine Übergabe mit einem diesen Akt selbst begleitenden Erfüllungszweck[4] und damit eine wirksame *traditio solutionis causa* trotz Dissenses *in causis*. Zur weiteren Begründung (*nam etsi – dissenserimus*) folgt ein Schenkungs-/Darlehens-Fall: Denn auch wenn ich dir Geld schenkungshalber gebe, du es aber als Darlehen annimmst, steht fest (*constat*), dass das Eigentum auf dich übergeht, ohne dass hinderlich ist, dass wir hinsichtlich der *causa* des Gebens und Empfangens uneins gewesen sind.

1.2 Ulpian D. 12,1,18 pr.

Diesen Schenkungs-/Darlehens-Fall hat Ulpian in seinen *disputationes* aufgegriffen und der Auffassung Julians seine eigene Problemlösung entgegengehalten[5]:

D. 12,1,18 pr. *Idem (Ulpianus) libro septimo disputationum*. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. (D. 12,1,18 pr. *Derselbe* (*Ulpian*) *im 7. Buch seiner Disputationen*. Wenn ich dir Geld schenkungshalber gebe, du es aber als Darlehen annimmst, dann liegt, so schreibt Julian, keine Schenkung vor. Man müsse aber sehen, ob ein Darlehen gegeben ist. Und ich glaube, dass auch kein Darlehen vorliegt und daher die Geldstücke eher nicht Eigentum des Empfängers werden, da er sie in anderer Meinung angenommen hat. Deshalb wird

2 M. Kaser / R. Knütel, Römisches Privatrecht, 20. Aufl., München 2014, S. 141, Rz.12.

3 Corpus Iuris Civilis V, onder redactie van J.E. Spruit, R. Feenstra, F.B.J. Wubbe, 's-Gravenhage 2000, S. 827.

4 W. Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken, Paderborn 1990, S. 53ff. (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, N. F., 56); D. Schanbacher, Zur Bedeutung der Leistungszweckbestimmung bei der Übereignung durch *traditio* und beim Leistungsversprechen durch *stipulatio*, TR 60 (1992), S. 1ff.

5 Deutsche und niederländische Übersetzung: O. Behrends / R. Knütel / B. Kupisch / H.H. Seiler, Corpus Iuris Civilis III, Heidelberg 1999, S. 58; E. Slob / J.E. Spruit, in: J.E. Spruit, R. Feenstra, K.E.M. Bongenaar, Corpus Iuris Civilis III, 's Gravenhage 1996, S. 58.

er, wenn er sie verbraucht hat, auch wenn er mit der *condictio* haftet, dennoch sich der Arglisteinrede bedienen können, weil die Geldstücke gemäß dem Willen des Gebenden verbraucht worden sind.)

Ulpian beruft sich auf Julian für eine zu verneinende Schenkung: *Iulianus scribit donationem non esse*. Wenn es dann heißt, zu prüfen sei aber ein Darlehen (*sed an mutua sit videndum*), so dürfte diese Textpassage noch zum Julian-Zitat gehören. Nach *videndum* kommt zwar auch ein zu ergänzendes *est* in Betracht. Doch näher liegt das unmittelbar zuvor erwähnte und daher nicht notwendig zu wiederholende *esse*[6]. Nunmehr folgt Ulpians eigene Auffassung, dass auch ein Darlehen nicht vorliegt, mithin der Empfänger eher nicht Eigentümer des ihm übergebenen Geldes geworden ist (*puto – non fieri*). Indessen kann aus der Position Ulpians nicht schon gleichsam im Gegenschluss gefolgert werden, dass Julian die Darlehensfrage bejaht hat[7]. Ulpians Kritik scheint vielmehr vor allem darin zu bestehen, dass Julian das Darlehensproblem zwar aufgeworfen, dann aber doch offen gelassen hat.

Die reichhaltige Literatur zu beiden Stellen ist zu einem guten Teil dem Thema *causa traditionis* gewidmet[8]. Eigens hervorgehoben werden dogmatische Fragen des

6 So schon H.H. Pflüger, Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach römischem Recht, München und Leipzig 1937, S. 19f.; anders aber H. Lange, Das kausale Element im Tatbestand der klassischen Eigentumstradition, Leipzig 1930, S. 66; G. Beseler, Miscellanea, SZ 45 (1925), S. 221; J.G. Fuchs, Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, Basel 1992, S. 131.

7 So aber H.H. Pflüger (s. oben Fn. 6), S. 20; A. Ehrhardt, Justa causa traditionis, Berlin u. Leipzig 1930, S. 138.

8 H. Dernburg, Beitrag zur Lehre von der justa causa, in: Archiv für die civilistische Praxis, 40 (1857), 1ff.; zum Autor s. K. Luig, Heinrich Dernburg (1829-1907), Ein „Fürst" der Spätpandektistik und des preußischen Privatrechts, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 231ff.; sodann für die neuere Romanistik grundlegend die Münchener Dissertation von Philipp Lotmar, Über causa im römischen Recht, Beitrag zur Lehre von den Rechtsgeschäften, München 1875, S. 82, 176ff., 178; zum Autor s. J. Rückert, Philipp Lotmar (1850-1922), Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geiste von Freiheit und Sozialismus, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (s. oben), S. 331ff., 341; s. dazu die engagierte, gerade auch Philipp Lotmar hervorhebende Besprechung von Laurens Winkel, in: TRG 65, 1997, S. 192f. u. Th. Mayer-Maly, SZ (Germ. Abt.) 113, 1995, S. 669f.; zur *causa traditionis* insbesondere F. Eisele, Civilistische Kleinigkeiten, in: Jherings Jahrbücher 23, 1885, S. 1ff.; J.C. van Oven, Praeadvies over Causa en Levering, Den Haag 1924, S. 28ff.; R. Monier, Le malentendu sur la causa traditionis, in: Studi Pietro Bonfante III, Milano 1930, S. 218ff.; H. Lange (s. oben Fn. 6), S. 63ff.; A. Ehrhardt, (s. oben Fn. 7), S. 136ff.; H.H. Pflüger (s. oben Fn. 7), S. 18-22; J.C. van Oven, Die Antinomie D. 41.1.36 – 12.1.18 Pr., TRG 20 (1952), S. 441ff; P. Voci, Modi di acquisto della proprietà, Milano 1952, S. 144ff.; A. d'Ors, Dos notas criticas, Iura 6 (1955), S. 145ff.; M. Kaser, BIDR 64 (1961), S. 66ff.; ders., Das Geld im römischen Sachenrecht, TRG 29 (1961), S. 225ff.; G. Jahr, SZ 80 (1963), S. 141ff., 170; J.G. Fuchs (s. oben Fn. 6), S. 130ff.; R. Backhaus, In maiore minus inest, in: SZ 100 (1983), S. 136ff., 164ff.; R. Evans-Jones and G.D. MacCormack, Iusta causa traditionis, in: New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas, Oxford 1989, S. 99ff.; W.M. Gordon, The importance of the iusta causa traditionis, in: Essays Barry Nicolas, S. 123ff.; E.H. Pool, Een kwestie van titels, *Causa* van bezit, verjaring en eigendom naar klassiek Romeins recht, Amsterdam 1995, S. 95 Anm. 94; J.D. Harke, Argumenta Iuventiana – Argumenta Salviana, Entscheidungsbegründungen bei Celsus und Julian, Berlin 2012, S. 124ff., 125 Anm. 102 (Schriften zur Rechtsgeschichte, H. 157).

Vertragsschlusses: Auslegung, Dissens, Irrtum[9]. Es sind Grundprobleme des *ius civile*, denen sich Laurens Winkel seit Beginn seines produktiven Gelehrtenlebens widmet[10].

2. Ein *responsum* Julians

Der Julian-Text beginnt mit der sprachlich auffälligen Meinungsäußerung: *non animadverto, cur inefficax sit traditio*. Wer zu einer Prämisse „Wenn wir über den Gegenstand, der übertragen wird, einig, über die Gründe aber uneinig sind" schreibt „sehe ich nicht, warum die *traditio* unwirksam sein soll" und bei der Veröffentlichung in seinen *digesta* nicht einfach die für richtig gehaltene Rechtsfolge angibt, dass die *traditio* wirksam ist, antwortet nicht im anfänglichen Stil einer Prämisse auf ein sich ihm stellendes Problem, sondern reagiert auf eine an ihn gestellte Frage, ob bei der gegebenen Fallkonstellation die *traditio* wirksam ist.

2.1 Sachverhalt, *quaestio*, *responsum*

Der Text kann daher eine gutachtliche Stellungnahme (*responsum*) Julians wiedergeben[11], sei es als Antwort auf eine ihm vorgelegte Problemstellung oder zu einer an ihn herangetragenen Anfrage im Rahmen eines konkreten Rechtsstreits. Wer der Anfragende ist, muss offen bleiben. Indessen ist eine dialogische Erörterung von Grundfragen des *ius civile* Julian durchaus eigen. Von einem wissenschaftlichen Austausch mit seinem Schüler und Kollegen *Africanus* zeugen dessen *quaestiones,* in denen mit einem *respondit* auf ein

9 J.G. Wolf, Error im römischen Vertragsrecht, Köln, Graz 1961, S. 100ff. (Forschungen zum römischen Recht, 12); ders., Causa stipulationis, Köln 1970, S. 37 Anm. 12 (Forschungen zum römischen Recht, 27); U. Zilletti, La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano, Milano 1961, S. 140ff. Anm. 116; F. Cancelli, Dissenso, in: Enciclopedia del diritto XIII, Milano 1964, S. 241; M.J. Schermaier, Auslegung und Konsensbestimmung, in: SZ 115 (1998), S. 254ff.; J.D. Harke, Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin 2005, S. 104ff. (Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen – FRA N. F. – 45), S. 48f.; M.J. Schermaier, Anachronistische Begriffe oder „Nichtrömisches" im Römischen Irrtumsrecht, in: P. Pichonnaz (éd.), Autour du droit des contrats, Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe, Genève 2009, S. 88 mit Anm. 168.

10 L.C. Winkel, Error iuris nocet, Rechtsdwaling als Rechtsorde-Problem, I Rechtsdwaling in de Griekse filosofie en het Romeinse Recht, Proefschrift Universiteit van Amsterdam 1982/83; deutsche Übersetzung, Zutphen 1985 (Studia Amstelodamensia, 259); dazu K. Hackl, IURA 36 (1985, Pubbl. 1988), S. 194ff.; L.C. Winkel, Die Irrtumslehre, in: R. Feenstra / R. Zimmermann, Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert, Berlin 1992, S. 225ff. (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 7); id., Usucapio pro suo and the classification of the causae usucapionis by the Roman jurists, in: New Perspectives (s. oben. Fn. 8), S. 215ff. Fest eingeprägt bleiben unsere Gemeinschaftsseminare mit Hans Ankum im Amsterdamer Forum Romanum und im Internationalen Begegnungszentrum der Ruhr-Universität Bochum mit Referaten von Laurens über ein für seine Dissertation zentrales Neraz-Fragment „D.22,6,2: Neraz ein Rechtsphilosoph?" (1981), sodann „Einige Bemerkungen zur usucapio pro suo" (Bochum 1985), „Der Bereich der actio empti" (Amsterdam 1989), wie auch die Begegnungen im Rahmen der SIHDA-Kongresse, u. a. in Amsterdam und Utrecht 1992, Rotterdam 2001 und Bochum 2005.

11 H. Lange (s. oben Fn. 6), S. 70 Anm. 3.

responsum Julians Bezug genommen wird[12]. In Julians *digesta*[13] finden wir zum Beispiel eine Auseinandersetzung mit *Celsus* über die Haftung nach der *lex Aquilia* im Falle „überholender Kausalität“[14]. Hier wie dort ist der Text nach dem Responsen-Schema gegliedert, wie es auch für die *digesta* anderer Juristen kennzeichnend ist: Sachverhalt, *quaestio*, *responsum*[15]. In dem Julian-Fragment D. 41,1,36 fehlt ein solcher äußerer Aufbau. Doch er ist sprachlich und sachlich erkennbar. Der Julian-Text dürfte daher wie bei anderen *digesta*-Juristen mit der Aufnahme in Justinians Digesten unter Beseitigung des dreigliedrigen Responsen-Schemas auf die Kernaussage reduziert worden sein[16]. So erklärt sich wohl auch, dass sich das wörtliche Julian-Zitat Ulpians *Iulianus scribit donationem non esse* im Julian-Text nicht verifizieren lässt.

Ist die durch *non animadverto cur non* eingeleitete Hauptaussage des ersten Satzes die Antwort auf eine hinzuzudenkende Quästio, ob die *traditio* wirksam ist, so vermisst man freilich noch einen dazu gehörenden Sachverhalt. Doch er ist ebenfalls in der scheinbar als allgemeines Problem formulierten Prämisse vorausgesetzt. Der Beginn des Textes (*cum – traditio*) lässt sich nämlich als Zusammenfassung eines streitigen Sachverhalts deuten: Es geht um eine *traditio* von *pecunia numerata*, bei welcher die Beteiligten über den Gegenstand (*in corpus*) einig sind, jedoch *in causis* sich im Dissens befinden.

Für eine solche Deutung als *responsum* zu einem Parteienstreit gibt es sprachliche Indizien. Zum einen kann die Konjunktion *cum* des Einleitungssatzes auf einen geltend gemachten, dem Juristen zur Begutachtung vorgelegten Sachverhalt hinweisen[17]. In den *digesta* des Alfenus und des Cervidius Scaevola gibt es Texte mit erhaltener Responsenstruktur, in denen mit einem konjunktivischen *cum*-Satz gegenüber einem im Indikativ formulierten feststehenden Sachverhalt das in tatsächlicher Hinsicht streitige Parteivorbringen angegeben wird. Ist es ein relevantes, gegebenenfalls also *apud iudicem* zu beweisendes Sachverhaltselement, dann ist ein vorprozessuales oder

12 Vgl. S.W. Zimmern, Geschichte des Römischen Privatrechts bis Justinian I, 1, Heidelberg 1826, S. 351; zum Autor vgl. Ch. Krampe, Sigmund Wilhelm Zimmern (1796-1830), Systematiker des römischen Rechts in der Frühzeit der Emanzipation, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (s. oben Fn. 8), S. 27ff.; J.D. Harke, Das Vertragsrecht in Afrikans Quästionen, in: Africani quaestiones, Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts, Berlin 2011, S. 48f.

13 Dazu siehe E. Bund, Salvius Iulianus; Leben und Werk, in: ANRW II, 15, Berlin 1976, S. 431ff.

14 K.-H. Schindler, Ein Streit zwischen Julian und Celsus. Zum Problem der überholenden Kausalität, in: SZ (Rom. Abt.) 74 (1957), S. 201ff.; H. Ankum, Das Problem der „überholenden Kausalität“ bei der Anwendung der lex Aquilia im klassischen römischen Recht, in: De iustitia et iure, Festgabe Ulrich von Lübtow, Berlin 1980, S. 325; J. Rastätter, Marcelli notae ad Iuliani digesta, Diss. Freiburg i. Br., S. 116ff.; J.D. Harke (s. oben Fn. 8), S. 241ff.

15 Vgl. C. Zülch, Der liber singularis responsorum des Ulpius Marcellus, Berlin 2001, FRA 37, S. 18ff.; dazu H. Ankum, TRG 72 (2004), S. 377-380, 377; zu Alfenus vgl. H.-J. Roth, Alfeni Digesta, Eine spätrepublikanische Juristenschrift, Berlin 1999, S. 60ff. (FRA, 32); zu Q. Cervidius Scaevola vgl. C. Sigel, Rechtsgutachten des Quintus Cervidius Scaevola, Aachen 2004, S. 17ff. (Bochumer Forschungen zur Rechtsgeschichte, 2).

16 J.C. van Oven (s. oben Fn. 8), TR 20 (1952), S. 444; Beispiel für Alfenus: Paulus/Alfenus D. 14,2,7 (Schiffsuntergangs-Fall); dazu Ch. Krampe, Lex Rhodia de iactu: contributio nave salva, in: Festschrift Rolf Knütel, Heidelberg 2009, S. 593ff.

17 Beispiel für Cervidius Scaevola: *cum secundum cautionem Callimachus merces debito perferendas in nave mansisset* in D. 45,1,122,1 (Seedarlehens-Fall).

schon für das Verfahren *in iure* erstelltes *responsum* des konsultierten Juristen bisweilen als Distinktio strukturiert: In zwei durch die Konjunktionen *cum* und *si* eingeleiteten Bedingungssätzen wird in tatsächlicher Hinsicht zunächst der Vortrag einer der beiden Streitparteien zugrunde gelegt und sodann die Version der Gegenseite[18].

In unserer Julianstelle gibt es allerdings nach dem Einleitungssatz und einem *fundus*-Beispiel nur einen *nam et si*-Satz als Begründung für eine wirksame *traditio* von Bargeld (*pecunia numerata*) in einem Schenkungs-/Darlehens-Fall. Er ist die Prämisse für die gutachtliche Aussage des Juristen, dass hier eine eigentumsübertragende *traditio* der Münzen trotz Dissenses *in causis* feststeht (*constat*). Gemeint ist: Wenn der Gebende die Geldstücke schenken will und der Empfänger sie als Darlehen annimmt, steht fest, dass beide mit der *traditio* die Übereignung der Geldstücke gewollt haben, sei es *donandi causa*, sei es *credendi causa*. Auch wenn die Parteien *in causis* dissentieren, will doch der vermeintlich Schenkende ebenso einen Eigentumsübergang wie derjenige, der das Geld *quasi mutuam* annimmt[19]. Mit *constat* wird also nicht etwa auf eine zur Zeit Julians allgemein anerkannte juristische Problemlösung, auf ein *de iure receptum*, verwiesen[20], sondern auf einen insoweit als feststehend unterstellten Sachverhalt: Unter der genannten Voraussetzung, dass der Gebende das Geld schenken und der Empfänger es als Darlehen haben will, steht fest, dass die Parteien eine wirksame, eigentumsübertragende *traditio* der Münzen gewollt haben[21].

2.2 Der Schenkungs-/Darlehens-Fall als Argument

Ein solches fallbezogenes Argument bezieht sich nicht auf das unmittelbar vorangehende *fundus*-Beispiel[22], sondern auf die Problemstellung des Einleitungssatzes: *cum in corpus quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus*. Ist aber der Schenkungs-/Darlehens-Sachverhalt für Julian ein Argument für die Hauptaussage des Einleitungssatzes, so wählt der konsultierte Jurist zur Begründung einer wirksamen *traditio* trotz Dissenses *in causis* eine mögliche Sachverhaltskonstellation, um einen

18 Beispiele für Alfenus: D. 9,2,52,1: quoniam prior percussus esset, sed si ab eo non prior vapulasset (*tabernarius*-Fall), Paulus/Alfenus D. 18,1,40 pr.: si ita dictum esset ... , sed si ita pactum esset (doppeldeutige *lex dicta venditionis*), Paulus/Alfenus D. 18,6,13/15: si (lecti) traditi essent ... Quod si neque traditi essent … (*periculum*-Fall: aedilis lectos emptos concidit); für C. Scaevola (Fn. 17): item quaero si.

19 M.J. Schermaier (s. oben Fn. 9) mit Hinweis auf den Parteiwillen als Beweisproblem, S. 254ff., 257.

20 So aber H. Dernburg (s. oben Fn. 8), S. 4; H.H. Pflüger (s. oben Fn. 6), S. 20; R. Monier (s. oben Fn. 8), S. 223; vgl. auch die Übersetzung von A. Watson, The Digest of Justinian IV, Philadelphia 1985 : „it is settled law“ (S. 495).

21 So auch das *constat* bei Paulus 33 ed. D. 18,1,43: Si in fundi dictum sit accedere Stichum servum neque intellegatur, quis es pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilo minus venditionem valere constat (anders noch meine Sicht in: SZ 100 (1983), S. 217). Vgl. P. Apathy, Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, in: SZ 111 (1994), S. 105f.; M.J. Schermaier (s. oben Fn. 9), S. 274ff.

22 Kunkel / Mayer-Maly, Römisches Recht, 4. Aufl., Berlin 1987, S. 159f.: „Argumentationshilfe“; S. 160; dazu W. Flume, (s. oben Fn. 4), S. 55 Anm. 7: „Die Entscheidung des ersten Falles bedarf ... einer solchen Hilfe nicht“; dazu wiederum Th. Mayer-Maly, TRG 59 (1991), S. 391.

wirksamen Eigentumserwerb, wie er im Einleitungssatz für richtig gehalten wird, zu untermauern. Der Aufbau der Julianstelle besteht daher nicht in einem unspezifischen allgemeinen Einleitungssatz, der durch zwei Beispielsfälle veranschaulicht wird, sondern in der zusammenfassenden Wiedergabe eines Parteienstreits über eine *traditio* von *pecunia numerata* und dem *responsum* Julians zur Frage, ob eine wirksame *traditio* vorliegt. Julian sieht dafür aufgrund des ihm vorgelegten Sachverhalts kein Hindernis. Es folgt das *fundus*-Beispiel und zur weiteren Begründung der Schenkungs-/Darlehens-Fall, von dem der Jurist sagt, in diesem Fall stehe der Eigentumsübergang fest.

Sind die Parteien bei einer *traditio* von Bargeld – in Betracht kämen auch andere Darlehensgegenstände wie Gold oder Silber – im Dissens *in causis* und kommt es zum Rechtsstreit, dann besteht die Auseinandersetzung natürlich nicht darin, dass der Gebende Schenkung geltend macht und der Empfänger sich auf Darlehen beruft, sondern umgekehrt: Der Gebende verlangt Rückerstattung des als *mutua pecunia* übergebenen Geldes, doch der Empfänger bestreitet das Darlehen und beruft sich auf Schenkung. Geklagt wird gegebenenfalls mit der *actio certae creditae pecuniae* (*condictio*). Denkbar ist auch ein Sinneswandel der Parteien[23]: Der Geldgeber wollte zwar im Zeitpunkt der Übergabe schenken, der Empfänger aber ein Darlehen. Deshalb macht sich der Gebende jetzt das Vorbringen des Beklagten zu eigen und klagt aus Darlehen mit der *condictio*. Nunmehr aber beruft sich der Empfänger exzeptionsweise auf Schenkung. Hier wie dort ist es ein Dissens der Parteien *in causis*.

Erkennt man in der scheinbar allgemeinen Einleitung des Julianfragments eine solche Zusammenfassung der möglichen Fallkonstellationen des Parteienstreits, dann passt ein Schenkungs-/Darlehens-Fall mit feststehendem Eigentumsübergang als Argument für eine eigentumsübertragende *traditio* auch dann, wenn sich im Prozess herausstellen sollte, dass die Geldstücke entsprechend dem Klägervortrag nicht schenkweise, sondern als Darlehen übergeben worden sind. Das tatsächliche Geschehen, ob *pecunia quasi mutua* oder *donandi causa* tradiert worden ist, kann daher offen bleiben, wenn man die Einleitungspassage des Julian-Textes nicht als allgemeine rechtstheoretische Problemstellung interpretiert, sondern als fallbezogenene gutachtliche Stellungnahme. In den beiden in Betracht kommenden Fallkonstellationen ist von einer wirksamen *traditio* auszugehen[24]. Dass es für Julian auf den Zeitpunkt der Geldübergabe ankommt, zeigt das Tempus am Schluss *cum dissenserimus* im Unterschied zum Präsens des Einleitungssatzes, das sich auf die aktuelle sachverhaltsbezogene vorprozessuale oder schon prozessuale Fragestellung bezieht: *cum ... consentiamus, ... dissentiamus*. Deshalb sieht Julian im Dissens *in causis* hier kein Hindernis für eine wirksame *traditio*. Denn sowohl nach dem Tatsachenvortrag des Klägers ist eine *iusta causa traditionis* gegeben als auch nach dem Vorbringen des Beklagten. Julian bejaht also die Eigentumsfrage in einem Rechtsgutachten, äußert sich aber nicht zu der streitigen, aber für die Eigentumslage unerheblichen Sachverhaltsfrage, ob das Geld als Darlehen oder schenkungshalber übergeben worden ist. Eine solche Deutung des Julian-Textes als *responsum* bezieht

23 Ch. Krampe, In corpus consentimus, in causis dissentimus, in: Liber amicorum Guido Tsuno, Frankfurt am Main 2013, S. 190.

24 Vgl. F. Schwarz, Die Grundlage der condictio im klassischen römischen Recht, Münster 1952, S. 112 (Forschungen zum Römischen Recht, 5).

sich zwar unmittelbar auf eine Auseinandersetzung der Vertragsschließenden über die Wirksamkeit einer *traditio* bei Dissens in *causis*. Damit kann es aber gegebenenfalls auch indirekt als gutachtliche Stellungnahme zu einem Eigentumsstreit mit einem Dritten dienen, der sich auf sein zivilrechtliches Eigentum beruft. Dies wird zwar durch den Digestentitel 41,1 *de adquirendo rerum dominio* nahe gelegt, ist aber für Julian fraglich[25].

Eine Interpretation der Julian-Stelle als verkürzt überliefertes *responsum* bedarf keiner Korrektur des überlieferten Textes, sondern erledigt die zu fast allen Passagen vertretenen Interpolationsvermutungen und führt zu folgender paraphrasierender Übersetzung[26]:

> Wenn (vorgetragen wird, dass) wir zwar über den Gegenstand, der übertragen wird, einig, doch über die Erwerbsgründe uneinig sind, sehe ich nicht, warum die *traditio* unwirksam sein soll, zum Beispiel wenn ich glaube, dir aus einem Testament zur Übertragung eines Grundstücks verpflichtet zu sein, du aber glaubst, es werde dir aus einer Stipulation geschuldet. Denn auch dann, wenn ich dir Geld schenkungshalber gebe, du es aber als Darlehen annimmst, steht fest, dass das Eigentum auf dich übergeht, ohne dass dem entgegensteht, dass wir hinsichtlich der *causa* des Gebens und Empfangens uneins gewesen sind.

2.3 Ulpians Kritik

Ulpians Julian-Kritik betrifft dessen als Argument angeführten Schenkungs-/Darlehens-Fall. Der Spätklassiker erwähnt die *condictio* für eine Klage nach Verbrauch des Geldes und eine *exceptio* des Geldempfängers, er habe die Münzen mit Willen des Gebenden verbraucht. So kann nur schreiben, wer davon ausgeht, dass der Geldgeber die Darlehensklage erhebt, der beklagte Empfänger aber geltend macht, er habe das Geld schenkweise erhalten, oder aber nach Aufdeckung des Missverständnisses habe sich der vermeintliche Darlehensgeber mit der Meinung des Empfängers, er habe das Geld schenkweise erhalten, einverstanden erklärt[27]. Wenn der Geldgeber jetzt, nach Verbrauch des Geldes, dennoch mit der *condictio* klagt, dann sei dies, unabhängig vom Darlehens-Schenkungs-Streit, jedenfalls *dolus praesens,* weil er auch als Darlehensnehmer das Geld hat verbrauchen dürfen. Ihm als Empfänger der Münzen stehe daher die *exceptio doli* zu. Theoretisch denkbar ist ein Schenkungs-/Darlehens-Streit auch ohne Sinneswandel des Gebenden, also ein Fall mit der Behauptung des Gebenden, das Geld sei geschenkt, und der dissentierenden Position des Empfängers, es sei ein Darlehen gewesen. Dann aber gäbe es weder eine *condictio* für den Gebenden noch eine *exceptio doli* für den Empfänger, der das Geld ja als Darlehen angenommen haben will (*cum alia opinione acceperit*).

25 O. Lenel (s. oben Fn. 1), S. 1, und J.G. Wolf (s. oben Fn. 1), S. 101f. Anm. 46.

26 R. Knütel, Interpretierendes Übersetzen, in: Liber amicorum C.K., Berlin 2013, S. 215ff. (FRA 68).

27 Anders T. Honoré, Ulpian, Oxford 1982, S. 246: „[I]n principle I can sue you by condictio. But this would not be just, since you spent the money, as I intended you to. Hence it is dishonest of me to reclaim the money, and you should have the defence of dishonesty (exceptio doli)"; R. Evans-Jones and G.D. MacCormack (s. oben Fn. 8) S. 106 Anm. 20.

Ulpian macht daher aus der Schenkungs-/Darlehens-Argumentation Julians eine Schenkungs-/ Darlehens-Auseinandersetzung für den Fall, dass die Darlehensklage Erfolg hat, weil und soweit der Verbrauch des Geldes dem Darlehensvertrag entspricht. Denkbar ist auch ein Sinneswandel der Parteien, dass vor Verbrauch des Geldes der Tradierende seine bisherige Position, er habe ein Darlehen gewollt, ebenso aufgegeben habe wie der Empfänger seine Auffassung, es handele sich um eine Schenkung. Doch Ulpian hat die gutachtliche Stellungnahme Julians durchaus richtig verstanden. Verräterisch ist der Satz: *cum alia opinione acceperit.* Das Perfekt zeigt, dass auch Ulpian für den Dissens *in causis* – ebenso wie Julians *dissenserimus* – auf den Zeitpunkt der Geldübergabe abstellt, wenn der Beklagte geltend macht, er habe das Geld nicht als Darlehen, sondern als Schenkung angenommen, und zwar zu dem maßgeblichen Zeitpunkt, von dem Julian sagt, die Parteien seien im Dissens *in causis* gewesen. Die *exceptio* passt also nur dann, wenn aus Darlehen mit der *condictio* geklagt wird, der Beklagte aber behauptet, nach Aufdeckung des Dissenses habe sich der Kläger mit dem endgültigen Verbrauch des Geldes trotz Dissenses *in causis* einverstanden erklärt. Für Julian ist ein Schenkungs-/ Darlehens-Fall ohne Sinneswandel der Parteien denkbar und erklärbar[28]. Beruft sich aber der Gebende für den Zeitpunkt der Geldübergabe auf Schenkung, der Empfänger jedoch auf Darlehen, dann gibt es weder eine *actio* für den Gebenden noch eine *exceptio* für den Empfänger[29]. Die *exceptio doli* Ulpians passt nur zur Abwehr einer Darlehens-Klage (*condictio*). Julian muss sie nicht eigens hervorgehoben haben. Denn wenn der Beklagte sich auf Schenkung beruft, so liegt darin zugleich eine *exceptio doli praesentis* für den Fall, dass es doch nur ein Darlehen gewesen ist.

3. Eine „Antinomie“ in Justinians Digesten

Der Einleitungssatz der Julian-Stelle D. 41,1,36 und Ulpians Kritik in D. 12,1,18 haben als „Antinomie“ in Justinians Digesten im Rahmen der europäischen Zivilrechtswissenschaft eine besonders nachhaltige Wirkungsgeschichte[30]. Mittelalterliche Erläuterungen in den Basilikenscholien und in glossierten und kommentierten Digestenausgaben[31] haben die neuzeitliche Lehre vorbereitet, ein Eigentumserwerb sei auch ohne *iusta causa traditionis* wirksam. In Deutschland ist sie bis heute unter dem Namen „Abstraktionsprinzip“ vorherrschend. Friedrich Carl von Savigny hat in seinem „System des heutigen Römischen Rechts“ auf das Julian-Fragment seine Lehre vom abstrakten

28 R. Backhaus (s. oben Fn. 8), S. 165f.: In maiore minus inest; J.D. Harke (s. oben Fn. 8), S. 125 Anm. 102f. „Minimalkonsens“.

29 Anders J.D. Harke (s. oben Fn. 9): Die condictio versage, weil der Veräußerer „mit seiner früheren Absicht zur Schenkung im Widerspruch“ stehe.

30 K.-H. Schindler, Kausale oder abstrakte Übereignung, in: Wirkungen europäischer Rechtskultur, Festschrift Karl Kroeschell, München 1997, S. 1033ff.

31 J.G. Fuchs (s. oben Fn. 8), S. 143; J.H. Dondorp / E.J.H. Schrage, Levering krachtens geldige Titel, Enige grepen uit de geschiedenis van de vereisten voor eigendomsoverdracht, Amsterdam 1991, S. 20ff.; E.J.H. Schrage, Traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis dominia rerum transferuntur, Die Wahl zwischen dem Konsens- und dem Traditionsprinzip in der Geschichte, in: Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert, Festschrift Knut Wolfgang Nörr, Köln 2003, S. 926f.; S. Hähnchen, Rechtsgeschichte, Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit, 4. Aufl., Heidelberg 2012, S. 177f.

dinglichen Vertrag gestützt[32]. Es war die maßgebliche pandektistische Doktrin[33], als nach der Gründung des Deutschen Reichs die Vorarbeiten zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) begannen. Der Redaktor für das Sachenrecht, der preußische Obertribunalrat Johow, folgt Julian und verwirft Ulpians Gegenposition[34], weil die Ansicht Julians „die Rechtskonsequenz" für sich habe.

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist von einer rechtspolitischen Polemik gegen das angeblich lebensfremde römische Recht bisweilen auch die Lehre von der abstrakten Eigentumsübertragung ins Feld geführt worden. Dazu hat Julius Christiaan van Oven im Jahre 1952 in der Festschrift zu Ehren des 70jährigen Fritz Pringsheim[35] eine wohlwollend mahnende sachliche Antwort gegeben[36]:

> Übrigens ... auch für das moderne Recht soll man die Wichtigkeit der Frage der abstrakten bzw. kausalen Eigentumsübertragung nicht übertreiben ... Trug und Wahn! Es ist ein rein technisches juristisches Problem, das der Gesetzgeber fast ebenso gut in dem einen wie in dem anderen Sinn lösen kann. Ja, als der niederländische Gesetzgeber dies unterließ, in dem Burgerlijk Wetboek von 1838 die Frage offen ließ, da hat es noch bis ins zwanzigste Jahrhundert gewährt, bis die Juristen das Problem entdeckten, und erst 1950 hat der Hooge Raad es endgültig entschieden ...

Dem bleibt nur hinzuzufügen, dass im neuen niederländischen Burgerlijk Wetboek von 1992 wie in den meisten anderen europäischen Zivilgesetzbüchern die kausale *traditio* als *levering krachtens geldige titel* festgeschrieben worden ist (Art. 3, 84 B.W.). Das widerstreitende Abstraktionsprinzip ist, wie auch Werner Flume in seinem Lehrbuch festgehalten hat, weder apriorisch „richtig" noch „unrichtig"[37]. Es ist allerdings, auch wenn es die Diskussion *de lege ferenda* in China mitbestimmt[38], weltweit so gut wie isoliert. In den *Draft Common Frame of Reference* von 2009 für ein künftiges europäisches Sachenrecht ist es nicht aufgenommen worden[39].

32 F.C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts IV, Berlin 1861, S. 158ff.; dazu W. Felgenträger, Friedrich Carl v. Savignys Einfluß auf die Übereignungslehre, Leipzig 1927; U. Huber, Savigny und das sachenrechtliche Abstraktionsprinzip, in: Festschrift Claus-Wilhelm Canaris, München 2007, S. 471ff.

33 R. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung III, 1, 2. Aufl., Leipzig 1871, S. 205ff.; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891, § 172, S. 515f. mit Anm. 15.

34 W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Sachenrecht 1, Allgemeine Bestimmungen, Besitz und Eigentum, Berlin 1982, S. 636 Anm. 2.

35 R. Feenstra, In memoriam Fritz Pringsheim, 1882 – 1967, S. 627f.; E. Bund, Fritz Pringsheim (1882 – 1967), Ein Großer der Romanistik, in: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (s. oben Fn. 8), S. 733ff.

36 J.C. van Oven, Die Antinomie D. 41.1.36 – 12.1.18 Pr., TR 20 (1952), S. 455.

37 W. Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II, Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin 1979, S. 176.

38 Tian Shiyong, Die Rezeption der Theorie des dinglichen Rechtsgeschäfts in China, in: Festschrift Rolf Knütel (s. oben Fn. 16), S. 1281-1299.

39 A. Stadler, Die Vorschläge des Gemeinsamen Referenzrahmens für ein europäisches Sachenrecht – Grundprinzipien und Eigentumserwerb, JZ 2010, S. 380ff.; F. Klinck, Eigentum, in: Staudinger

Abstract

Book 41, Title 1 of the Digest of Justinian, is entitled "The Acquisition of Ownership of Things". In it (D. 41,1,36) Julian discusses the problem of acquisition (Digest, book 13) when there is agreement on the thing delivered but a dispute over the grounds for delivery. The answer of the classical jurist is "I see no reason why the delivery should not be effective". The modern German theory of effective delivery – even where there is such a misunderstanding – as prepared by Savigny in the nineteenth century, is based on Julian's text. The very peculiar "why not" phrase *non animadverto cur inefficax sit traditio* could be explained as an expert reply (*responsum*) to a question in a practical case. In particular, the final example given of misunderstanding – for when I give you coined money and you receive it as a loan – shows *e contrario* what the real dispute between the parties was, namely an action (*condictio*) based on a loan where one party denies that it is a loan and claims it is a gift. Julian is cited and criticised by Ulpian in his *Disputationes* (book 7), referring to the same case of gift/loan (D. 12,1,18: I give you money as a gift but you receive it as a loan for consumption). The extract from Ulpian records an exchange of views in the light of threatened litigation. While Julian denies that there was a gift, but does not express his opinion on a loan, Ulpian also denies that there was a loan and proposes an *exceptio doli* after consumption.

BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2011, S. 1060, 1176, Rz. 48, 130; J.D. Harke, Kausalprinzip, Abstraktion und gutgläubiger Erwerb, GPR (Grundfragen) 6, 2012, S. 292ff.

DE SUO DABIT SUBSTITUTUS: PAPINIAN 29 *QUAEST*. D. 35, 2 (DE LEGE FALCIDIA), 11, 5 UND 6

Berthold Kupisch*

1. Vorbemerkung

Gegenstand des Beitrags ist die immer wieder vertretene These, im Fall der Pupillarsubstitution von § 5 unserer Stelle, wonach die vom Pupillus (Mündel) hinterlassene Erbschaft für eine Befriedigung der dem Substituten (Ersatzerben) auferlegten Legate nicht reicht, versage Papinian dem Substituten den erbrechtlichen Schutz der *quarta falcidia* und lasse ihn die Legate sogar aus nicht ererbtem, eigenem Vermögen, *de suo*, zahlen.

Dieser These, die auch der Interpretation von § 6 ihren Stempel aufdrückt, wird mit dem folgenden Übersetzungsvorschlag widersprochen[1]. Dabei muss sich der Autor allerdings darauf beschränken, die umfangreiche Literatur (die ältere und alte eingeschlossen) mehr als nur ganz ausnahmsweise, in neuralgischen Punkten, kritisch zu berücksichtigen: erstens, weil eine Auseinandersetzung im vorstehenden Rahmen gar nicht möglich wäre; zweitens, weil die Aufarbeitung einer gelegentlich als „unendlich" bezeichneten Diskussion den angestrebten freieren Blick auf die Quelle nur hätte trüben können.

Positiv gewendet heisst das: auf Papinian relativ unvoreingenommen eingehen, ausgerüstet im wesentlichen mit den Quellen sowie mit Annahmen und Folgerungen, die

1 Vertreter der These ist neuestens *Schanbacher*, Ratio legis Falcidiae, 1995, passim. Siehe demgegenüber nur *Kaser*, Das römische Privatrecht I, 2. Aufl. 1971, S. 734: „Von vornherein auf den Nachlass beschränkt ist die Haftung [des Erben] aus den Verpflichtungen, die im Testament begründet werden: aus Legaten ... ."; ferner (unter Zitat von Papinian § 5, vgl. dazu noch unten Fn. 11) S. 690 Fn. 49: „Mit Legaten ... kann der Testator den Substituten nur belasten, soweit dieser aus dem Vermögen des Testators erworben hat". Wie Kaser, aber immer wieder entschieden abgelehnt, zumal in der Pandektistik, etwa auch *Cujacius* (ebenfalls zu unserer Stelle), Tomus quartus vel primus operum postumorum, Neapoli 1758, col. 765 lit. E: Sane ita est, ex nullo testamento plus legatorum nomine praestari quam quantitas est hereditatis. Siehe auch col. 766 lit. B (heres ... praestat ... de suis bonis nunquam quod sciam) sowie schliesslich, zu *ultra vires* in § 5 , col. 765 lit. E iVm 766 lit. A (unten Fn. 14).

* Professor emeritus der Universität Münster.

Fundamina 20 (1) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 500-511

ihnen – mit oder ohne Intuition – entnommen werden können. Als Nachteil erscheint das dem Autor im Ergebnis nicht. Der Leser mag sich sein Urteil bilden, nachdem er auch andere Übersetzungen verglichen sowie einen Blick in frühere, höchst eigenwillige und voraussetzungsvolle Auslegungen (auch nur des 19. Jahrhunderts) getan hat.

Um die Übersicht zu erleichtern, ist der lateinische Text mit einer Gliederung versehen, die sich in der anschliessenden Übersetzung wiederfindet – einer Arbeitsübersetzung mit (zu) vielen eckigen, der Interpretation dienenden Klammerzusätzen. Diesem Zuschnitt der Übersetzung, die als Vorschlag für die neue deutsche gedacht ist, ist auch geschuldet, dass an wesentlichen Stellen die lateinische Vorlage in den übersetzten Text einbezogen ist. Die Kursive dient im Lateinischen wie im Deutschen (vielleicht nicht immer konsequent) zur Hervorhebung des Gedankens, auf den es dem Autor jeweils ankommt. Die Erläuterungen in den Fussnoten – im vorgegebenen Rahmen eine Art lemmatischer Kommentar – mussten zuweilen zwangsläufig kondensiert gehalten werden und sind nicht unbedingt leserfreundlich, auch wenn versucht wurde, den Gedankengang durch Klammern und Parenthesen aufzulockern, um die Transparenz zu erhöhen.

Inhaltlich unternimmt es der Beitrag, Papinian folgende Überlegungen zuzuschreiben: Für bestimmte Fälle von Pupillarsubstitutionen, die mit Vermächtnisanordnungen kombiniert sind, prüft der Jurist, ob der Substitut, wie gemeinhin angenommen wird, *als eingesetzter Erbe des Vaters* anzusehen und demgemäss die falzidische Quart nach dem väterlichen Vermögen zu bemessen ist. Papinian weicht von dieser Norm ab, nach ausdrücklichem Bekunden zweimal in drei problematischen Fällen von fünfen. In Fall III hat sich der Substitut mit einer Stellung als Erbe des Mündels, mit dem vom Mündel ererbten *suum* zu begnügen, das heisst zum Vorteil seiner Vermächtnisnehmer mit einer kleineren Quart als der des väterlichen Vermögens (§ 5). Im Fall IV hingegen (§ 6, 1. Hälfte) stimmt Papinian der allgemeinen Meinung zu, so dass mehrere Substituten nicht anders als ein einziger eine Quart wie eingesetzte Erben des Vaters haben; als unbedacht abgewehrt wird die Erwägung einer an Fall III angelehnten Lösung. Im Fall V wiederum (§ 6, 2. Hälfte) weicht (der Dogmatiker?) Papinian von der allgemeinen Meinung ab, weil der Substitut nach Sachlage (Erbfolge) bereits die Quart und die damit verbundene Rechtsstellung eines eingesetzten Erben hat und dasselbe nicht durch eine neuerliche Gleichstellung mit einem eingesetzten Erben angenommen werden kann.

Das Ergebnis ist mithin weit von der Annahme entfernt, Papinian reflektiere in den §§ 5 und 6 einen Verlust der Quart oder gar eine Haftung des Substituten mit eigenem Vermögen. Es ist im wesentlichen dem Impuls geschuldet, vertraute semantische und terminologische Pfade zu verlassen.

2. Die Quelle (Papinian D. 35, 2, 11, 5 und 6)

§ 5: I. 1. Quod vulgo dicitur in tabulis patris et filii *unam Falcidiam* servari quam potestatem habeat, videndum est.

2. quamvis enim substitutus quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut *aes alienum quodlibet* debeat, *tamen* propter ea, quae data sunt tabulis secundis, *contributio*ni locus est. secundum quae poterit evenire, ne [Fall I] substitutus quicquam retineat vel ut [Fall II] longe plus habeat *quartae paternae* hereditatis.

II. 1 quid ergo, [Fall III] si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? *de suo* (*quadrante nimirum*) *dabit substitutus*, *quoniam* pater *legavit de suo*.

2.(a) nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur *ultra vires patrimonii*,
(b) *cum* in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub condicione relicta intelleguntur.

§ 6: III. 1. Si filio suo duos substituerit et alterius portionem onoraverit, tractari solet, an [Fall IV] *ex persona sua* Falcidiam possit inducere substitutus, *quam pupillus* non haberet vel *unus* pupilli *substitutus*.

2. et facile quis dixerit *consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt*, non esse Falcidiae locum et *ultra vires portionis* conveniendum alterum substitutum. sed verior est diversa sententia perinde huic *quartam* relinquendam existimantium, atque ita *si patri heres extitisset*. ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita *plures substituti* subducta persona pupilli revocandi sunt ad intellectum instutionis.

3. quid tamen dicemus [Fall V] de altero substituto, qui non est oneratus? si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit et *aliquid ultra dodrantem sit* in omnibus, et ipsum *Falcidiam habiturum*? atquin *quartam* habet neque idem patiatur *instituti comparatio*.

4. *rursus* si negemus, aliud aperte, *quam quod volgo probatum est*, respondetur. itaque varietas exsistet,

(a) ut [Fall IV] is quidem, qui proprio nomine oneratus est, *velut institutus* desideret quartam,

(b) alter autem [Fall V], qui non est onoratus, ut substitutus, licet portio largiatur eius, non in solidum conveniatur *propter calculi confusionem*.

5. huic consequens est, ut, si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus commitatur stipulatio, videlicet in eam quantitatem, quam *unusquisque* sibi retinere potuisset.

3. Übersetzung

§ 5: I. 1. Wenn *gemeinhin*/vulgo gesagt wird, bei Testamenten des Vaters für sich und für seinen [unmündigem] Sohn werde *ein und dasselbe falzidische Viertel*/unam Falcidiam berücksichtigt[2], bleibt zu prüfen, wie weit die Geltung des Satzes reicht[3].

2 Nämlich das Viertel, die Quart des väterlichen Erbes; vgl. auch Ulpian D. 35,3,1,1: ... legem Falcidiam *semel* esse admittendam etiamsi duplex sit testamentum. Die Regelung steht in Korrelation zur contributio legatorum (Ulpian cit.) und leitet im Hinblick auf die §§ 5 und 6 Papinians Ausgangspunkt ein (dazu noch die folgende Fn.): dass der Substitut die Stellung *wie ein Erbe des Vaters* hat und dementsprechend die falzidische Quart. Vgl. die Allegationen im Original I 2, III 2 und zumal III 3, ferner etwa Julian D. 35,2,87,5 u. 8.

3 Papinians Überlegungen bewegen sich ersichtlich im Rahmen des Juristenrechts (vulgo dicitur; quam potestatem habeat videndum; vgl auch Ulpian cit.: iam convenit). Die Norm, dass der Substitut *wie ein Erbe des Vaters* steht und in dieser Position von der falzidischen Rechtsfolge profitiert, ist folglich nicht unumstösslich. Zu Fall III von § 5 wird ihr von Papinian widersprochen (siehe unten II 1 sowie II 2), in Fall IV, 1. Hälfte von § 6, wird sie nachdrücklich gebilligt (unten III 2), in Fall V, 2. Hälfte von § 6, dagegen wieder abgelehnt (allerdings unter Zubilligung der Quart mit anderer Begründung: Erbgang; vgl. unten III 3 u. 4). Dort resümiert Papinian rückblickend, er weiche *zum zweiten Mal* (rursus) von dem ab, was *gemeinhin* (volgo) für richtig gehalten wird.

2. Denn auch wenn der Ersatzerbe die zu Lasten des Mündels hinterlassenen Vermächtnisse – sofern der Sohn Erbe wurde [und unmündig verstorben ist] – *wie eine beliebige Geldschuld*/ut aes alienum quodlibet schuldet[4], findet [nach allgemeiner Meinung] wegen der Vermächtnisse, die im Mündeltestament [zu Lasten des Ersatzerben] angeordnet wurden, *gleichwohl*/tamen eine Zusammenrechnung [von *Geldschuld* und *Vermächtnissen*] statt[5]. Demnach kann es geschehen, dass der Ersatzerbe [Fall I]

4 Die Information quamvis enim substitutus ... ut *aes alienum quodlibet* debeat erscheint signifikant; vgl. i. f. (bei) Fn. 5. Papinian beim Wort genommen, schuldet der Substitut die vom Mündel nicht geleisteten Legate wie eine beliebige Schuld, nicht als Legate; vgl. auch *v. Vangerow*, Archiv f. d. Civ. Praxis 36, 1853, S. 230 Fn. 24 (aber auch unten Fn. 5) sowie Bas. 41,1,11,5, abgedruckt unten Fn. 5. (Nicht fallgerecht wäre eine Formulierung wie „jede andere Schuld des Nachlasses"; der romanistischer Begriff *Nachlassschuld* schliesst auch die Vermächtnisschuld ein.) Implizit besagt Papinians Mitteilung ferner, dass die Beträge der vom Mündel nicht geleisteten Legate als aes alienum quodlibet der Regelungs unterliegen, dass sie *vor* der Quart des Substituten und den in den tabulae secundae angeordneten Legaten vom Nachlass abgezogen werden; vgl. Ulpian D. 35,2,66,1 u. Inst. 2,22,3, ferner Fn. 5 u. 6 sowie i. f. (bei) Fn. 8 u. 9.

5 An sich bezieht sich die contributio als contributio legatorum auf die *Zusammenrechnung* der Legate beider Testamente; vgl. nur Gaius D. 35,2,79. Doch nimmt nach Papinian die allgemeine Meinung an, dass auch das aes alienum und die Legate, mit denen der Substitut beschwert ist, als unterschiedliche Spezies zusammengerechnet werden, mit dem Schluss auf eine Quart des Substituten, bemessen nach der väterlichen Erbschaft (vgl. o. Fn. 2). Diesen Befund lässt eine verbreitete romanistische Auslegung nicht zu, und zwar mit der Begründung, das aes alienum quodlibet werde mit der contributio wieder zu einer Legatsverbindlichkeit (siehe nur *v. Vangerow*, wie Fn. 4 sowie *Huschke*, Zeitschr. f. Civilrecht und Prozess, N. F., 1849, S. 392). Die zugrundeliegende, allein dem Terminus contributio abgewonnene These, die „offenbar" weder einer Widerlegung bedarf „noch bezweifelt werden" kann und die (unser Thema, vgl. die Vorbemerkung) mit der Postulation einer Eigenhaftung des Substituten einhergeht (Fall III und Fall IV, unten II III 2), dürfte jedoch die Frucht einer unhistorischen Begriffsverfestigung sein: contributio, das ist der „technische [sic!] Ausdruck für die Zusammenrechnung aller Legate"; vgl. *v. Vangerow* (Fn. 4), S. 230 Fn. 25 (mit weiteren Nachweisen) sowie unten Fn. 6. Demgegenüber heisst es in der Quelle 1., der Substitut *schulde* ein *aes alienum* (dazu o. Fn. 4, ferner Bas. 41,1,11,5: Quamvis enim substitutus ea, quae principali testamento legata sunt, ut *aes alienum solvat*.). Dem entspricht es, dass die Fallfrage zu Fall III nur noch die dem Substituten auferlegten Legate betrifft, nicht die das Mündel beschwerenden; vgl. (bei) Fn. 8. Auch ist 2. nur von contributio die Rede, nicht von contributio *legatorum*, wie regelmässig unterstellt wird. 3. möchte man *tamen* die Intention zuschreiben, es gehe bei Papinian trotz aes alienum und legata *dennoch* um contributio, um Verknüpfung, mithin um die Ausgangslage einer *Sonderkonstellation*; vgl. auch *Voci*, Dir. eredit. rom. II, 2. Aufl. 1963, S. 771 Fn. 75. Vor allem bleibt 4. festzustellen, dass Papinian, wie sich an Fall III zeigt, an der contributio offensichtlich Anstoss nimmt – angeblich bis hin zur Dekretierung einer Eigenhaftung des Substituten (vgl. o.) –, was befremdlich wäre, ginge es um eine reguläre contributio. Eingehender zu Papinians Missbilligung unten Fn. 11, 14 u. 15: Der Substitut geniesst nicht die Stellung eines Erben des Vaters (vgl. Fn. 2), muss aber deshalb nicht aus Eigenem zahlen, sondern wird gewissermassen zurückgestuft in die Stellung eines Erben des Mündels mit einer geringeren Quart als der nach dem väterlichen Vermögen bemessenen (formal eine Rechtslage, die sich mutatis mutandis am Fall Papinian D. 28,6,12 a. E. veranschaulichen lässt: Itaque legata dumtaxat ex secundis tabulis praestari debent habita ratione *facultatium* in Falcidia *non patris*, ut *alias* solet, *sed impuberis*).

überhaupt nichts behält[6] oder dass er [Fall II] weit mehr als ein Viertel der Erbschaft des Vaters hat[7].

II. 1. Was gilt nun [Fall III], wenn der Nachlass des Mündels [nach Abzug der Schuld und des Viertels der väterlichen Erbschaft] für die [Befriedigung der dem Ersatzerben auferlegten] Vermächtnisse nicht reicht, während der Nachlass des Vaters gereicht hätte?[8] Der Ersatzerbe wird aus dem [ererbten] *Seinigen*/de suo leisten müssen[9] (unter

6 Wenn das vom Substituten gezahlte *aes alienum* den Nachlass des Mündels aufzehrt; vgl. substitutus ut aes alienum quodlibet debeat sowie Bas. 41,1,11,5, o. Fn. 4 und 5. – Die Unterstellung, das Vermögen des Vaters habe sich schon beim Mündel „völlig erschöpft", so dass dadurch der Substitut leer ausgeht (und nicht durch Bezahlung des aes alienum), weist nicht einmal den Versuch einer textkritischen Absicherung auf und läuft unter Vernachlässigung des zu erwartenden Einwands der Nachlassinsolvenz – vgl. insoweit nur *Kaser* (Fn. 1), S. 754 mit (Fn. 1) Quellen, darunter unsere Stelle) – sowie unter Identifizierung von Fall I mit Fall III (unten II) zwangsläufig auf eine Eigenhaftung des Substituten zu und ist bezeichnend für das zugrundeliegende, an Fall III orientierte Vorverständnis (vgl. etwa *Huschke* [Fn. 5], S. 393, 394, siehe ferner unten Fn. 11 a. E.). Zu einer selbstverständlichen Annahme von Eigenhaftung noch *v. Vangerow* (Fn. 4), S. 237): der Substitut bekommt „nicht bloss Nichts", sondern muss „sogar noch aus eigenem Vermögen zulegen"; vgl. auch unten Fn. 8 sowie Fn. 14.

7 Wenn sich dem Mündel auferlegte Damnationslegate als nichtig herausstellen und das als *aes alienum* Gezahlte (vgl. Fn. 4) kondiziert werden kann. Bei einer Leistung auf Legate wäre eine Kondiktion ausgeschlossen; vgl. Gaius 2,283 sowie Inst. Iust. 3,27,7. Damit lässt sich Fall II (wie Fall I**)** in Konsequenz der contributio von *aes alienum* und *legata* erklären, ohne dass Tatsächliches unterstellt werden muss, das im Text keine Anhaltspunkte hat (vgl. dagegen wieder *Huschke* [Fn. 5], S. 393).

8 Bezeichnend ist, dass es nur noch um die dem Substituten auferlegten Legate geht; vgl. schon o. Fn. 5 sowie unten II 2 (b). – Als Argument dafür, dass der Mündelnachlass nicht reicht, bezieht sich die Lehre von der Eigenhaftung des Substituten (vgl. o. Fn. 5 u. 6) auch auf eine Verringerung des Nachlasses nach den Sonderregeln zur Gefahrtragung, die das falzidische Viertel überspielen; vgl. Gaius D. 35,2,73 pr., 2. Hälfte. Korrekterweise lässt sich der Gedanke aber nur als Möglichkeit einer spezifischen Eigenhaftung in Betracht ziehen (vgl. *v. Vangerow* [Fn. 4], S. 234). Für § 5 besagt er mangels Anhaltspunkten nichts, schon gar nicht in seiner Differenzierung bei Maecian D. 35,2, 30,2ff. (anders anscheinend v. Vangerow, ein doktrinärer Verfechter der Eigenhaftung, vgl. Fn. 6 sowie Fn. 14). Auch Windscheid, der ebenfalls eine Eigenhaftung des Substituten befürwortet, belegt sie nicht mit fr. 73 pr.; *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch d. Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, Bd. 3, S. 287 mit Fn. 30). Ungleich näher liegt deshalb die Annahme, die vom Mündel hinterlassene Erbschaft sei nach Bedienung des aes alienum (vgl. o. Fn. 4) und Auskehrung der quarta paterna (oder weniger) an den Substituten unzureichend, also aus Gründen, die nichts mit Gefahrtragung zum Nachteil des Substituten zu tun haben – eine Lage, die von vornherein viel für sich hat, wenn man sich der Suggestion anscheinend eindeutiger Textaussagen über eine Eigenhaftung des Substituten entzieht; vgl. i. f. (bei) Fn. 10, 11 und 14f.

9 Das heisst aus dem, was aus dem Mündelnachlass nach Abzug des aes alienum an ihn gelangt und sich in der Quart des väterlichen Nachlasses oder weniger erschöpft; vgl. soeben im Text und Fn. 8 a. E. sowie i. f.

Berücksichtigung natürlich des falzidischen Viertels davon)[10], weil der Vater die Vermächtnisse aus dem [ererbten] *Seinigen/*de suo [des Ersatzerben] angeordnet hat[11].

10 Im Vorgriff auf den Kerngehalt des Satzes (siehe Fn. 11): Der hier präferierte Übersetzung für quadrante nimirum („unter Berücksichtigung natürlich des falzidischen Viertels") befriedigt nicht, wenn man sie mit der Auffassung verknüpft, wonach *de suo* (quadrante nimirum) *dabit* besagt, der Substitut müsse mangels Masse des Mündelnachlasses aus *eigenem* Vermögen leisten (vgl. schon Fn. 5 f. und 8). Bemerkbar macht sich die Spannung bei einer entsprechende Formulierung wie „Der Ersatzerbe wird aus eigenem Vermögen (unter Berücksichtigung des falzidischen Viertels natürlich) leisten müssen". Soll das Eigenvermögen die Bezugsgrösse sein, von der dem Substituten eine Quart reserviert ist? Andererseits kollidiert eine gegenläufige Interpretation wie „Der Ersatzerbe wird aus dem Seinigen (aus dem falzidischen Viertel natürlich) leisten müssen" mit der angeblichen Haftung mit eigenem Vermögen. Bei *v. Vangerow* (Fn. 4), S. 231 und *Huschke* (Fn. 5), S. 393f. wird deshalb der Passus quadrante nimirum gestrichen. Im gleichen Sinn verfahren von den Übersetzungen die deutsche (1831) und die englische (1985). Nach *Schanbacher* (Fn. 1), S. 107ff. ist der Passus authentisch, aber nicht an der überlieferten Stelle. Die spanische (1972) und die niederländische (2000) lassen den Substituten aus *seiner Quart* zahlen (wieviel?). So wohl auch *Kaser* (Fn. 1), S. 690 Fn. 49 mit Lit. (Voci [Fn. 5], S. 181); vgl. noch *Babusiaux*, Papinians *quaestiones*, 2011, S. 94. Gegenüber solchen Divergenzen vgl. i. f.

11 Die Übersetzung mit dem zentralen Argument gegen die Eigenhaftung des Substituten orientiert sich an folgenden Überlegungen: Das Legat ist einerseits und generell eine donatio des Erblassers (vgl. Modestin D. 31,36), andererseits als Damnationslegat eine vom Erblasser angeordnete Zuwendung durch den Erben *aus dem* (schuldenbereinigten, vgl. Pomponius D. 50,16,165) *ererbten Vermögen* an einen Vermächtnisnehmer. So etwa heisst es bei Florentin D. 30,116 pr. (vgl. auch Gaius 2,204): Legatum est delibatio hereditatis, qua testator *ex eo*, *quod* universum *heredis foret*, alicui *quid collatum velit* (mit der Zuwendung des Legats aus dem ererbten Vermögen korrespondiert die Belastung des Erben, wie sie stereotyp in legari [legare] *ab aliquo* [scil. herede] zum Ausdruck kommt; vgl. nur Gaius 2,245). Danach lässt sich schliessen, dass pater *de suo* legavit nichts mit dem Zwölftafelsatz V 3 (uti legassit super pecunia ...) zu tun (vgl. auch Pomponius D. 50,16,120; siehe dagegen *Schanbacher* [Fn. 1], S. 109), sondern dem entspricht, was mit Florentin cit. *ex eo quod heredis foret ... collatum velit* [*testator*] ausgesagt ist: Der Vater hat *aus dem* „[ererbten] *Seinigen* [des Substituten]" (vgl. Fn. 9) die den Substituten belastenden Legate angeordnet (vgl. hierzu auch die Verknüpfung des Diktums *Kasers* [Fn. 1], S. 690 Fn. 49 [wiedergegeben o. Fn. 1] mit *pater de suo legavit*). Demgegenüber wird mit der Annahme, das Reflexivum pater *de suo* legavit beziehe sich auf das Seinige des Satzsubjekts *pater* und nicht auf das Ererbte des Substituten, unsere Stelle unstimmig archaisiert und ausserdem der grammatikalisch überraschende, aber durchaus nicht ungewöhnliche Ausdruckswert von *suum* übersehen, wie ihn der Funktionszusammenhang nahelegt (womit Anleihen an Gefahrtragungsregeln erwartungsgemäss vollends ausscheiden, o. Fn. 8); vgl. *Kühner/Stegmann* II 1,607ff.; *Menge*, 126ff, 129. – Parallel wäre das voraufgehende *de suo* dabit ... substitutus zu verstehen: Der Substitut zahlt an die Legatare *aus dem* [ererbten] *Seinigen*", und zwar *quadrante nimirum*, „unter Berüchsichtigung natürlich des Viertels" des Ererbten; vgl. nochmals Fn. 9 sowie (bei) Fn. 10. So gesehen ist der ganze Satz weder „hintergründig" noch ein „Paradox", wie gelegentlich behauptet wird (*Schanbacher* [Fn. 1], S. 104 Fn. 17 u. S. 108, im Verein mit zwei weiteren *höheren Wahrheiten*, zu § 6: S. 131 u. 132). Der Satz bringt vielmehr zum Ausdruck, dass die Quart des Substituten sich nicht nach dem grösseren Nachlass des Vaters bestimmt, sondern nach dem kleineren des Mündels; vgl. noch Fn. 15. Nicht zuletzt kann jetzt auch die Begründung Papinians ins Lot kommen, die im Konzept einer Eigenhaftung (der Substitut werde aus eigenem Vermögen leisten, *weil*/quoniam der Vater aus eigenem Vermögen die Vermächtnisse angeordnet habe) das erbrechtliche Band zwischen dem Substituten und dem Erblasser zerschneidet und die ratio der Lex Falcidia in ihr Gegenteil verkehrt: Der Substitut wäre gleichsam als unbeteiligter Dritter entgegen der juristischen Vernunft zu einer Schenkung aus eigenem Vermögen verpflichtet, *weil* der Vater des Mündels aus eigenem Vermögen eine solche gemacht habe (vgl. auch Fn. 14). Demgegenüber entpuppt sich die Wendung als erbrechtlich einsichtig und zusätzliches Argument für die vorgeschlagene Interpretation: Der Substitut muss aus seinem Ererbten an die Vermächtnisnehmer zahlen (unter Berücksichtigung des Viertels des Ererbten), *weil* der Vater aus seinem (scil. des Substituten) Ererbten die Zuwendung der Vermächtnisse angeordnet hat. *Huschke* (Fn. 5), S. 394 verordnet dem Leser, die Begründung darin zu sehen, „dass die Legate so weit gültig bleiben müssen, als sie aus dem Nachlass des Vaters

2. (a) Und auf diesen Fall hat der Grundsatz keinen Einfluss, dass aus keinem Testament[12] *über die drei Viertel des* [väterlichen] *Nachlasses hinaus*/ultra vires patrimonii [Vermächtnis-] Leistungen erbracht werden[13] [14] [15],

nach dessen ursprünglichen Betrag gezahlt werden konnten, mithin in dem gegebenen Fall [vgl. o. Fn. 6] auch über den Betrag der Pupillerbschaft hinaus ... "; vgl. auch S. 393 und passim. Der Phantasie sind bei Huschkes „wissenschaftlicher Zauberey" (Puchta) bekanntlich keine Grenzen gesetzt.

12 Dasjenige bei Pupillarsubstitution eingeschlossen; vgl. Ulpian D. 28,6,2,4 (unum testamentum), ferner unten III 2 (b).

13 Zum Bezug des Diktums auf Legate vgl. auch Papinian D. 36,1,57(55),2, unten Fn. 14 sowie II 2 (b). Unter „Nachlass" ist der väterliche zu verstehen, o. Fn. 2. Einzelheiten i. f., Fn. 14 u.15.

14 Der Halbsatz stützt die Interpretation des voraufgehenden Satzes: Fall III ist der Regelung entzogen, dass über *drei Viertel des Nachlasses* hinaus Vermächtnisleistungen (legata) nicht erbracht werden müssen, was – folgerichtig – besagt, dass dies in Fall III gegeben ist (vgl. Fn. 15). Zur Logik der Aussage vgl. *v. Vangerow* (Fn. 4), S. 235. Dort ist allerdings die Fügung [non] ultra vires patrimonii etc. dem Sinne nach verbunden mit einem Übersetzungsvorschlag wie „dass aufgrund eines Testaments niemals Leistungen über den *Umfang des Nachlasses hinaus* erbracht werden müssen", womit – wiederum folgerichtig – ausgesagt wäre, dass sie in Fall III über den Nachlassumfang hinaus, also *aus dem Eigenvermögen*, zu erbringen sind (vgl. auch S. 237, 241). Träfe diese Auffassung, die den Rahmen der Lex Falcidia sprengt, zu, so wäre die bisherige Erörterung (II 1) in Frage zu stellen, Papinian aber im Hinblick auf den folgenden Halbsatz der Konfusion zu zeihen (was hier nicht weiter ausgeführt werden kann). Dazu besteht jedoch kein Anlass. Das Textstück fügt sich ohne Bruch in das entworfene Bild ein. Die in einer breiten Tradition stehende Auslegung v. Vangerows beruht auf der mE unzutreffenden Annahme, vires patrimonii sei ein fester, auf den Nachlassumfang zugeschnittener Begriff mit Folgewirkung auch für Fall III (vgl. zuletzt *Schanbacher* [Fn. 1], S. 23 und passim). Diese Wiedergabe von vires patrimonii hat fraglos ihre Berechtigung zumal in den Fällen, in denen die Lex Falcidia *nicht* gilt (was für Fall III offensichtlich nicht zutrifft). Insoweit bezeichnen die vires patrimonii – die *Vermögenskräfte* resp. die *Vermögensmittel* (*Heumann/Seckel*, 2 b; *OLD* Nr. 26, *resources*, *assets*) – den *Nachlassumfang*, der die Anordnung von Legaten steuert und deren Leistung an die Legatare begrenzt (vgl. Kaser [Fn. 1], S. 734 sowie kardinale Stellen wie Ulpian D. 35,3,1,12 und C.I. 6,21,12 [246] und am Ende dieser Fn.). Für Fall III dagegen ist (wie für Fall IV, unten III 2) diese Funktion der vires patrimonii nicht im Nachlassumfang zu sehen, sondern in den *drei Vierteln des Nachlasses*, die aufgrund der Lex Falcidia (vgl. Paulus D. 35,2,1 pr.) den möglichen *Vermächtnisumfang* bestimmen und dementsprechend die Leistungspflicht des Erben begrenzen (Fall III mit Fall IV wäre ein Beispiel für die „bewegliche Terminologie" der Klassiker [*Kaser*]: verschiedene Inhaltswerte ein und desselben Ausdrucks, je nachdem). Gewissermassen als Zeugen in eigener Sache möchte man hierzu Papinian selbst aufrufen, mit dem Fall D. 36,1,57(55),2, wo es bei der Unterscheidung von Legatsschulden und Schulden aus Fideikommiss konkret und in einem ansprechenden Gleichklang mit dem vorliegenden Text lautet: legata ... non *ultra dodrantem praestat*. Regelhaft liesse sich auch sagen: ultra vires hereditatis ultra dodrantem est; so *Cujaz* (Fn. 1), col. 765 lit. E iVm 766 lit. A (wie Cujaz schon die Glosse). Cujaz will freilich den Substituten aus dem Viertel der hereditas patris schlechthin haften lassen – immerhin (siehe aber Fn. 10 a. E.); vgl. demgegenüber unten Fn. 15. Das Ergebnis für (ex nullo ...) praestat ultra vires patrimonii ist mithin: (keine) Vermächtnisleistungen über die drei Viertel des Nachlasses hinaus; siehe o. – NB: Wenn im Hinblick auf Quellen wie Ulpian D. 35,3,1,12 und C.I. 6,21,12 ausserhalb des Anwendungsbereichs der Lex Falcidia die Haftung auf den Nachlass beschränkt war, erscheint es vollends nicht glaubhaft, Papinian sei es in § 5 mit dem Thema *unam Falcidiam* etc. (o. [bei] Fn. 3f.) darum gegangen, im Rahmen des falzidischen Rechts eine dessen ratio radikal umstürzende Entscheidung für eine Eigenhaftung des Substituten zu treffen; vgl. schon Fn. 8 a. E., ferner Fn. 11.

15 Vgl. zunächst bei Fn. 8 sowie Fn. 11 und die vorige Fn. Nach der für Fall III vorgeschlagenen Interpretation müssen Vermächtnisleistungen *über die drei Viertel des väterlichen Nachlasses hinaus*

(b) *insofern*/cum[16] auf dem vorliegenden Rechtsgebiet [auch] die Vermächtnisse, die im Mündeltestament [zu Lasten des Ersatzerben] hinterlassen werden, so angesehen werden, als wären sie im Haupttestament unter einer Bedingung[17] hinterlassen worden[18].

§ 6: III. 1. Hat jemand für seinen Sohn zwei Ersatzerben eingesetzt und [Fall IV] den Erbteil des einen beschwert[19], so wird regelmässig die Frage gestellt, ob dieser Ersatzerbe das falzidische Viertel [des väterlichen Erbes] in seiner *Eigenschaft als Mit*ersatzerbe/

dadurch erbracht werden, dass Papinian die Quart des Substituten entgegen der allgemeinen Meinung nicht nach der hereditas patris bestimmt, sondern nach Massgabe dessen, was der Substitut weniger vom Mündel ererbt hat (vgl. Fn. 5 a. E.). Mit anderen Worten: der Substitut ist nicht *wie ein Erbe des Vaters* gestellt, sondern ist Erbe des Mündels, mit einer entsprechend kleineren Quart. Davon profitieren die Legatare des Substituten (um die es allein geht; vgl. o. [bei] Fn. 8 am Anfang), die sonst leer ausgehen würden. Papinians abweichende Lösung erscheint sachgerecht, insofern die das Mündel treffenden Legate als aes alienum (vgl. o. Fn. 4) vom Substituten voll ausgezahlt werden und damit die mit der contributio an sich bezweckte Ausbalancierung der Belastungen verfehlt wird; vgl. noch Fn. 18. Zur Sondermeinung Papinians schon o. Fn. 3; ferner unten III 4, zu § 6, 2. Hälfte (gegen Ende), wo Papinian feststellt, es werde von ihm, was die Stellung des Substituten wie die eines Erben des Vaters betrifft, *zum zweiten Mal*/rursus *offen anders entschieden*/aliud aperte respondetur, als *gemeinhin angenommen wird*/quod volgo probatum est; vgl. auch o. I 1 am Anfang, *vulgo*, sowie das ut *alias* solet im Kontext von Papinian D. 28,6,12, o. Fn. 5 a. E. Das erste *Mal* ist das hier in § 5 der Fall.

16 Der *cum*-Satz (*cum* explicativum) bringt mE zum Ausdruck, dass sein Inhalt (im Mündeltestament angeordnete Legate gelten als im Haupttestament angeordnet, der Substitut gilt wie ein Erbe des Vaters, mit entsprechender Quart) eingeschlossen ist in den Grundsatz des voraufgehenden *quod*-Satzes, den Papinian für Fall III ausschliesst: nec ad rem pertinet ... ; vgl. Fn. 14 und 15 sowie Fn. 18.

17 Vgl. Gaius D. 35,2,79.

18 Nach allem belegt Fall III keine Eigenhaftung des Substituten und ist als Einzelfallentscheidung einer spezifisch gekürzten Quart auch kein Kompass für das Verständnis anderer Quellen, wie Papinian in Fall IV (unten III 1 u. 2) zu verstehen gibt (das gälte übrigens auch für die Eigenhaftungsthese; siehe *Schanbacher* [Fn. 1], S. 115f., unter Annahme freilich einer Kapitulation des angeblichen Eigenhaftungsverfechters Papinian vor der allgemeinen Meinung; vgl. dagegen noch Fn. 25). Will man Fall III gleichwohl eine fallübergreifende Überlegung abgewinnen, so liesse sich sagen, die (vorrangige) Quart des Substituten (der wie ein Erbe des Vaters gestellt ist) sei eine nach dem Vermögen des Vaters im Zeitpunkt von dessen Tod bemessene *feste Grösse*, die vom *Mündelnachlass* abgezogen wird. Demgegenüber sind aufgrund der contributio legatorum alle (nachrangigen) Legate *gleichberechtigte Grössen* (als wären auch die den Substituten belastenden im Haupttestament angeordnet), die *relativ* zum übrigen Nachlass und untereinander *verhältnismässig* befriedigt werden (unter Umständen mit kautionsgesicherten Rückforderungen bei Legaten, die das Mündel ausgezahlt hat). Der Gedanke kann in hier nicht weiter verfolgt werden. In Fall III fällt jedenfalls eine Befriedigung der Legatare des Substituten aus, weil die das Mündel treffenden Legate als Schuld des Substituten (aes alienum) in die contributio einbezogen sind, zum Nachteil der Legatare des Substituten (vgl. schon Fn. 15). Papinian nimmt an dieser Entscheidung Anstoss, will aber seine abweichende Lösung, die die Privilegierung des Substituten beschneidet, sich aber von einer Eigenhaftung essentiell unterscheidet, nicht „leichthin" auf anders gelagerte Fälle ausgedehnt wissen (siehe nochmals Fall IV**,** unten III 1 u. 2).

19 Vgl. Fn. 21.

ex persona sua, die das Mündel oder *ein einziger Ersatzerbe*/vel unus substitutus nicht hätten[20], geltend machen kann[21].

2. Und leichthin könnte jemand entsprechend dem, was oben über die Berücksichtigung des [massgeblichen] Vermögens gesagt wurde[22], vorbringen, dass die Lex Falcidia für den betreffenden [Mit-] Ersatzerben nicht gilt[23] und dass er *über die drei Viertel des Erbteils hinaus*/ultra vires portionis[24] [von den Vermächtnisnehmern] in Anspruch genommen werden kann[25]. Doch richtiger ist die entgegengesetzte Auffassung derer, die annehmen, ihm müsse das Viertel [des väterlichen Erbes] ebenso belassen werden, wie wenn er [unmittelbar] Erbe des Vaters geworden wäre. Denn so wie von daher das Vermögen des Vaters und die Zusammenrechnung der Vermächtnisse die *Grösse*/formam [des falzidischen Viertels] und den *Ausgangspunkt*/originem [der Vermächtnisse] bestimmen, so müssen auch *mehrere Ersatzerben*/plures substituti unter Absehen von der Person des Mündels auf die Annahme einer [unmittelbaren] Erbeinsetzung zurückgeführt werden[26].

20 So dass sie – gegebenenfalls – die falzidische Quart fraglos geltend machen könnten; vgl. i. f. Der Relativsatz quam ... non haberet ist mE bezogen auf das voraufgehende ex *persona sua*, *Eigenschaft* als *Mit*ersatzerbe; vgl. zu *habere* iVm Eigenschaft auch Georges B II 2 b). In Übereinstimmung damit steht die Antwort Papinians (unten III 2: *plures* substituti), worin die problemspezifische Unterscheidung der Tatbestände von Fall IV augenfällig wird: einer von *mehreren* Substituten einerseits, *ein einziger* (unus) Substitut resp. das Mündel andererseits (vgl. i. f., zumal Fn. 25 u. 26). Bezogen auf [quartam] Falcidiam führt der Relativsatz zu willkürlichen und vagen Unterstellungen (vgl. etwa *v. Vangerow* [Fn. 4], S. 240 mit Anm. 39 am Anfang, ferner, besonders undurchsichtig, *Schanbacher* [Fn. 1], S. 115; siehe auch unten Fn. 26).

21 Beschwerung und Frage, ob die Lex Falcidia anwendbar sei, erscheinen nur sinnvoll, wenn der Substitut mit mehr als drei Vierteln seines Erbteils beschwert ist; vgl. i. f. Auch das Mündel ist über drei Viertel beschwert; vgl. unten III 3.

22 Dass Papinian hier auf Fall III Bezug nimmt, wird allgemein angenommen.

23 Auch in dem Fall, dass die – gesetzliche – Quart des väterlichen Nachlasses nach Juristenrecht gekürzt wird, lässt sich sagen, dass die Lex Falcidia keine Anwendung findet. Vgl. Fn. 24 u. 25.

24 Zu *ultra vires portionis* vgl. Fall III, o. II 2 (a), zumal (bei) Fn. 14. Danach können Fall III und Fall IV nicht mehr wechselseitig für eine Eigenhaftung des Substituten herangezogen werden, wohl aber für eine fallgerechte Deutung von *ultra vires*: Papinians Blick von § 6 auf § 5 signalisiert nicht die (disparate) Alternative zwischen Eigenhaftung und falzidischem Viertel, sondern zwischen Einschränkung des falzidischen Viertels oder nicht; vgl. schon Fn. 14 a. E. Auch die Problematik einer Stelle wie Ulpian D. 35,3,1,3 verträgt nicht mehr die selbstverständliche Interpretation als Abwehr einer Eigenhaftung des Substituten.

25 Mit anderen Worten: Der *quis* plädiert „leichthin" dafür, im Fall von mehreren Substituten die jeweilige Quart des Erbanteils nicht nach dem Nachlass des Vaters zu bestimmen, sondern nach dem (erfahrungsgemäss geringeren?) Nachlass des Mündels, entsprechend der Entscheidung in der besonderen Konstellation von Fall III. Das erscheint jedoch unüberlegt; denn einerseits liegen die Fälle unterschiedlich und andererseits bleibt die Quart des väterlichen Nachlasses immer dieselbe, ob sie einem einzigen Substituten ganz zuteil wird oder ob sie bei mehreren Substituten ihren Erbanteilen entsprechend aufgeteilt ist. Papinian, offenbar von vornherein auf der Gegenseite, weist denn auch den unbedachten Vorschlag zurück, mit einem grundsätzlichen Diktum zugunsten des Substituten schlechthin (siehe i. f.), mag dieser allein Substitut sein oder mit anderen zusammen. Vgl. noch die folgende Fn.

26 Ein zentraler Satz dafür, dass ein jeder Substitut *wie ein Erbe des Vaters* gestellt ist; vgl. Fn. 2, ferner Fn. 18. Lässt man für eine Interpretation des Satzes die o. Fn. 20 zugrundegelegte Kennzeichnung

3. Doch was müssen wir [Fall V] im Hinblick auf den anderen Ersatzerben sagen, der nicht beschwert ist? Falls etwa das [verstorbene] Mündel die zu seinen Lasten angeordneten Vermächtnisse noch nicht geleistet hatte[27] und insgesamt *Vermögen*/aliquid [für Vermächtnisse] vorhanden ist[28], über die drei Viertel hinaus [auf welche die dem Mündel auferlegten Vermächtnisse beschränkt waren][29] – werde auch dieser Ersatzerbe das falzidisches Viertel [wie ein Erbe des Vaters] bekommen?[30] Aber er hat ja bereits das

des Substituten von Fall IV als *Mit*ersatzerben ausser acht und sieht man ihn statt dessen als unspezifischen Substituten parallel zum Substituten in Fall III (der überdies mit eigenem Vermögen haften soll), so fällt der (letzte) Satz über die *plures substituti* aus dem Sachzusammenhang und führt zu einer abgekoppelten Aussage über mehrere Substituten, über die (gelehrt oder nicht) apodiktisch spekuliert werden kann; vgl. nur *Schanbacher* (Fn. 1), S. 116ff.

27 Von Legaten, die dem Mündel auferlegt sind, und von einer – unter zusätzlicher Fallerweiterung entwickelten – eingeschränkten Legatszahlung, die den zweiten, in seiner Person nicht beschwerten Mitersatzerben in seiner Funktion als Erbe trifft (vgl. i f.), war zuvor im Hinblick auf den beschwerten Mitersatzerben nicht die Rede. Das kann (muss) als Programm verstanden werden, wonach Papinian konsequent nur die Ausgangsfrage verfolgt (siehe o. [bei] Fn. 1 f. u. unten Fn. 29) und unter diesem Gesichtspunkt die Rechtslage der beiden Substituten unabhängig voneinander abhandelt, im Rahmen verselbständigter Sachverhaltsvarianten – eine rationelle Erörterung im Interesse eines anvisierten Erkenntniszusammenhangs. Solche Vereinzelung scheint auch der Schluss der Stelle widerzuspiegeln (unten III 5), wonach die Rückzahlungsstipulation *für jeden einzelnen*/unusquisque entsprechend dem jeweils zuviel Gezahlten verfällt.

28 Im Vergleich zur Vermögenslage beim Tod des Erblassers; vgl. mutatis mutandis die Erörterung bei Ulpian D. 35,2,82: si quidem *mortis tempore* quadringenta tota *inveniantur*, in trecenta valeat acceptilatio: si vero *praeterea aliquid inveniatur*, quod quadrantem suppleat heredi, in quadringenta acceptilatio proficiet. Zu *aliquid* siehe die Lexika: etwas Bedeutendes, Grosses, *Georges* II B; nichts Unbedeutendes, *Klotz* 2 d, S. 298 r. Sp.; jedenfalls so viel, um die Legatsschulden zu begleichen, siehe i. f.

29 Zufolge der von Papinian gegebenen Rechtsauskunft (vgl. unten III 4 [b] mit Fn. 35) lässt sich annehmen, dass sich das Mündel als Erbe des Vaters gegenüber den Vermächtnisnehmern für seine Quart auf den Bestand der väterlichen Erbschaft im Todeszeitpunkt des Vaters hätte berufen können, ohne Rücksicht auf nachträgliche Erhöhungen des Nachlasses; vgl. Gaius D. 35,2,79. Kommt dieser Vorteil auch dem Substituten dadurch zugute, dass er *wie ein Erbe des Vaters* gestellt wird? Vgl. i. f. – Der Passus (si) *aliquid* ultra dodrantem sit in omnibus beschränkt sich mithin auf den nicht beschwerten Substituten und auf die dem Mündel auferlegten Legate (nur von ihnen ist die Rede) sowie auf eine Angabe über das, was den für Vermächtnisse zur Verfügung stehenden Teil der väterlichen Erbschaft (dodrans) übersteigt. Im Gegensatz dazu anzunehmen, die besagte Wendung sei auf eine Addition der dem Mündel sowie dem ersten Substituten auferlegten Legate in der Person des nicht beschwerten Substituten gemünzt, mutet dem Text zu viel zu, um eine plausible Interpretation zu erlauben (ganz abgesehen davon, dass auch vertreten wird, nunmehr sei der substitutus *non* oneratus gleichfalls beschwert, allerdings nicht mit „Überschwerung", das heisst Verkürzung der Quart); so *v. Vangerow* (Fn. 4), S. 238f., 243, 244f; (unter beiläufiger Gleichsetzung von confusio – vgl. unten III 4 (b) – und computatio, S. 246). In § 6 sind die (Fragen und) Antworten Papinians der Sache nach allein darauf abgestimmt, dass der belastete Substitut wie ein eingesetzter Erbe des Vaters anzusehen ist (so in Fall IV, o. III 2), der nicht belastete demgegenüber nicht (wie hier in Fall V, vgl. i. f.). Entsprechend differenziert ist auch das Fazit Papinians; unten III 4. Schliesslich wird der Umfang der dem Pupillus erteilten cautiones am Ende von § 6 für jeden Substituten gesondert bemessen; unten III 5.

30 Vgl. Fn. 29 am Anfang u. die folgende Fn.

Viertel[31], und das nämliche lässt sich durch eine Gleichstellung mit der Einsetzung als Erbe [des Vaters] nicht annehmen[32].

4. Wenn wir damit *zum zweiten Mal*/rursus die Frage verneinen [ob der Ersatzerbe wie ein Erbe des Vaters zu stellen ist], wird damit offen anders entschieden, als man *gemeinhin*/volgo für richtig hält[33]. Also besteht hier folgender Unterschied:

(a) Derjenige, der in seiner Rolle als [Mit-] Ersatzerbe beschwert ist [Fall IV)] kann wie ein eingesetzter Erbe das Viertel [seines väterlichen Erbes] verlangen [und demgemäss die Vermächtnisse kürzen];

(b) der andere aber, der nicht beschwert ist [Fall V], darf als Ersatzerbe, obgleich sein Erbanteil [dem Umfang nach für die Vermächtnisse] ausreichen würde[34], von den Vermächtnisnehmern wegen *Vereinigung*/confusio der [für das Mündel gültigen] Berechnung [mit seinem Erbe] nicht auf das Ganze in Anspruch genommen werden[35].

5. Dem entspricht es, dass, falls dem Mündel im Hinblick auf das falzidische Viertel Sicherheit [für die Rückzahlung an zuviel erbrachten Vermächtniszahlungen] geleistet wurde, die Stipulation zugunsten beider Ersatzerben verfällt, natürlich für *jeden einzelnen*/unusquisque[36] in Höhe des Betrages, den er hätte zurückbehalten können.

Abstract

Frequently authors like to rely on Papinian's text (§ 5) in order to establish the thesis that in *substitutio pupillaris*, if the inheritance of the *pupillus* does not suffice to fulfil the legacies bequeathed under the second will, the *substitutus* will have to pay out of his own funds, *de suo*, in excess of his share, that is to say that the substitute is not even going to have an heir's protection as prescribed by the lex Falcidia (Falcidian quarter). The article

31 Als Erbe des Mündels; vgl. Fn. 29 am Anfang sowie D. 35,2,87,4 a. E. u. die folgende Fn.

32 Wörtlich: das nämliche *lässt* eine Gleichstellung ... nicht *geschehen*, vgl. Georges sv *patior* II 2. Erweist sich Papinian hier als Dogmatiker? Mit der ererbten Rechtsstellung des Mündels entfällt im Hinblick auf den Substituten die Basis für die zweckgerichtete Wertung: *wie ein Erbe des Vaters*, womit vermutlich auch eine Verdoppelung der Quart ausscheidet. Anders liegt es anscheinend in § 7 unseres Fragments, wo eine vergleichende Betrachtung von vornherein entfällt, und zwar in der Fallvariante, in welcher der Substitut als Miterbe des Mündels mit Legaten beschwert ist und als solcher bereits seine Quart hat, aber eine weitere dadurch bekommt, dass er durch Erbgang in die Rechtsstellung des ebenfalls beschwerten Mündels gelangt. Näheres am andern Ort.

33 Das erste Mal in § 5, o. II 1, vgl. auch o. I 1.

34 Vgl. Heumann/Seckel, *largiri* 3), zu unserer Stelle.

35 Zur Feststellung Papinians vgl. etwa den Gedanken in Gaius D. 35,2,73 pr., 1. Hälfte: In quantitate patrimonii exquirenda visum est mortis tempus spectari. qua de causa si quis centum in bonis habuerit et tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex fetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut *centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem, sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur*. Fast wortgleich Inst. 2,22,2.

36 Vgl. o. Fn. 27.

sets out to demonstrate that this thesis is unfounded. The lex Falcidia guarantees the protection of the *substitutus*. The Papinian reflections (§§ 5, 6) merely discuss the fact that in certain cases the protection provided by the Falcidian quarter may diverge from the common formula according to which the *substitutus* is treated as heir to the father of the *pupillus*. The expression *de suo* (§ 5) refers to the inheritance the *substitutus* receives from the *pupillus*.