PROFILI DI ROMANISTI: I MOLTEPLICI TALENTI DI LUCIO BOVE

Luigi Labruna*

A Laurens Winkel – indagatore felice della scienza giuridica antica, particolarmente attento anche ai profili individuali dei giuristi non solo romani – con il quale in questi anni ho avuto il privilegio grande di lavorare insieme nella Giuria internazionale del Premio Boulvert, apprezzandone l'equilibrio, la sapienza, la grande umanità, dedico con profonda amicizia questo che si inserisce in una serie di "profili" di romanisti del Novecento che da tempo vado studiando, alcuni dei quali sono stati già editi in vari luoghi e che spero di pubblicare un giorno, riveduti, tutti insieme per contribuire alla ricostruzione di una storia minore degli studii e degli studiosi del diritto romano nella seconda metà del Novecento in Italia.

"Lucio? Lucio è intelligentissimo"[1]. Questa frase la sentii la prima volta nel 1955 (o ad inizio '56). Avevamo appena superato la prova scritta e orale col professor Guarino per essere ammessi, dopo aver superato gli esami di Istituzioni e di Esegesi del diritto romano, come "allievi interni" (5 all'anno su 800 iscritti) negli Istituti Giuridici ed eravamo appollaiati su due scalotti vicini Vitaliano Esposito, poi divenuto procuratore generale della Cassazione, e io, allora entrambi studenti del secondo anno di Giurisprudenza, nella sala IV degli Istituti giuridici, intenti a sistemare fisicamente negli scaffali alti i libri che un annoiato Angelo Ormanni ci passava da terra dopo che erano stati schedati da Francesco Guizzi (poi vicepresidente della Corte costituzionale) e Bove. A pronunciare quella frase (che avrei sentito poi un sacco di volte negli anni avvenire) era stato il professor Lauria, che degli Istituti era il *dominus* e che si rivolgeva a due delle assistenti che lo aiutavano fedelmente nella didattica, agli esami e, all'occorrenza, nella gestione della biblioteca.

1 È la traccia dell'intervento introduttivo pronunciato il 3 giugno 2013 presso l'Accademia Pontaniana in Napoli nel Seminario di studii vòlto a ricordare "Lucio Bove a ottanta anni dalla nascita". La bibliografia di Lucio Bove è in corso di pubblicazione in Index 42 (2014).

* Dr. Dr. h.c. mult., Professore emerito di diritto romano nell'Università di Napoli "Federico II".

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 513-517

Quella asserzione ("Lucio è intelligentissimo") è rimasta impressa nella mia memoria non solo perché l'ho sentita più volte, ripetuta anche in perfetto tedesco ad Amburgo durante un seminario, per tanti versi memorabile, che il professor Lauria tenne nel 1961 o '62 all'Istituto del professor Kaser alla Feldbrunnenstrasse in cui illustrò le sue tesi in contrasto con le opinioni comuni ("arditissime" diceva Bove) sul sistema dell'*ordo iuris*, che poi avrebbe esposto in un suo mitico corso di Pandette (*Ius Romanum* 1.1) del 1963. Quella definizione la ricordo sempre (mi impressionò) perché la convinzione del professor Lauria sulla intelligenza come prima fra le doti di Lucio Bove appariva molto convinta, spontanea e precocemente radicata al punto che l'aveva espressa già nel 1953 nel dare alle stampe l'edizione definitiva del bellissimo corso sulle *Possessiones* in età repubblicana che studiai per l'esame di Diritto romano. Leggendo quel libro, appresi (prima ancora di conoscerlo di persona e diventarne nel tempo amico) dell'esistenza di quello straordinario "studente mio giovanissimo, Lucio Bove" che prima ancora di laurearsi – scriveva il professor Lauria "mi ha aiutato nel riordinare l'intero manoscritto, nel controllo delle fonti e della bibliografia, nella correzione delle bozze, in tre mesi di lavoro assiduo, con intelligenza, precisione, devozione illimitate dall'inizio alla fine". Per il che gli esprimeva ("con soddisfazione profonda", diceva, e con altrettanta invidia di noi normali studenti) "un lieto augurio paterno".

"Talent scout inarrivabile – per dirla con il professor Guarino – che instancabilmente scopriva e si esaltava di aver scoperto giovani studiosi, salvo a deludersi forse con eccessiva amarezza (ecco il suo difetto) se non rispondevano con immediatezza alle sue aspettative iniziali", il professor Lauria, nel definire Lucio Bove "intelligentissimo" (oltre che "laboriosissimo") non esagerava. Non esagerava affatto e di Lucio Bove non fu mai deluso. Con quella sua definizione, infatti, diceva assolutamente il vero. Coglieva cioè uno degli aspetti salienti della personalità dello studioso che qui ricordiamo e che, prima di succedergli sulla cattedra di Diritto romano ha collaborato per una vita intera con quel maestro geniale ma difficilissimo, facendo spesso, intelligentemente appunto, da tramite chiarificatore fra il suo ombroso e talvolta criptico insegnamento e la affascinata, ma non sempre idonea, attitudine degli studenti (e non solo degli studenti) a comprenderlo appieno. E anche – con ancora maggiore intelligenza, oltre che con raro equilibrio e lealtà – fra le inquiete impuntature del difficile professor Lauria e le pazienti ma crucciate reazioni degli altri due esponenti della triade di mostri sacri (Francesco De Martino e Antonio Guarino) che nella seconda metà del Novecento hanno segnato la vita, rappresentato la fortuna e determinato l'indiscusso successo internazionale della scuola romanistica napoletana. Cioè di quell'insieme di studiosi che si educò in quel laboratorio straordinario che furono congiuntamente gli Istituti giuridici e la biblioteca di Lettere tra gli anni '50 e '60 del Novecento. Epoca in cui i contatti quotidiani che si stabilirono in quelle realtà accademiche, contigue non solo per il luogo, tra gli studiosi delle due grandi Facoltà umanistiche napoletane, propiziarono appunto il formarsi di una comunità, non solo ideale, di storici della cultura, della letteratura, della filosofia, delle istituzioni giuridiche e politiche del mondo antico che continuamente si scambiavano idee, si informavano, si correggevano, si aiutavano vicendevolmente (talvolta si avversavano) imparando a vivere con passione e speranza (sentimenti, entrambi, oggi quasi scomparsi) in una istituzione universitaria che allora era (non fingeva di essere)

austera e seria; severa, ma non chiusa in sé. Al contrario, partecipe appieno (senza sbandierate internazionalizzazioni d'accatto) degli svolgimenti, non solo culturali della società europea. Tra i giovani (o quasi) di allora, Marcello Gigante, Barbieri, Masullo, Casavola, Bretone, Càssola, Lepore, Armando Salvatore, Garzya, Monti, Grelle, Gino De Giovanni, Franciosi, Nazzaro, Guizzi, Tessitore, Flores, Mozzillo, più tardi Polara, Tullio Spagnuolo Vigorita, Amarelli e certo ne dimentico molti. Alcuni più distaccati nel tratto, altri più semplici e cordiali, sobri o intemperanti. Tutti però estremamente presenti nelle discussioni e non solo alle lezioni o durante i seminari tenuti da quelli che erano i grandi maestri di allora: Arnaldi, Lauria, Battaglia, De Martino, Sbordone, Piovani, Guarino (e anche qui, certo, ne dimentico tanti).

Bene. Di quella comunità entrò a far parte a pieno titolo, appena laureatosi nel '54, Lucio Bove, che, oltre ad essere nominato sùbito assistente dal professor Lauria, fu immediatamente coinvolto dal professor Guarino, nella fondazione di *Labeo*, il prestigioso periodico che prese l'avvio nel 1955, "con la simpatia e il sostegno morale di Arangio-Ruiz, Solazzi, Lauria e De Martino", ma nel quale – ricorda con una metafora delle sue Guarino – "sul terreno, a misurare metro a metro le zolle e predisporre struttura e funzionamento fummo in sei": Guarino stesso, Casavola, Bretone, Mozzillo, Ormanni e Lucio Bove che ne fu efficacissimo e laborioso redattore sin dal primo volume (in cui pubblicò, a p. 173 ss., un interessante articolo su *Gli effetti del deposito della cosa dovuta*, e inoltre, a p. 214 ss., una recensione al libro, all'epoca appena pubblicato con prefazione di G. Le Bras, dell'abbé Jean-Marie Aubert dedicato allo studio dell'influenza del diritto romano nell'opera di San Tommaso d'Aquino, oltre a varie cronache) e che, in seguito, divenne autorevole componente del "Comitato scientifico", sino al 2004, anno in cui *Labeo* ha purtroppo cessato le sue pubblicazioni (e anche quel cinquantesimo, e ultimo, volume, che dedicammo a Guarino nonagenario, ospita, a p. 44 ss, un suo dòtto articolo su *Le leges Libitinariae e gli appalti pubblici*).

Già dagli scritti che or ora ho citato appare evidente un'altra delle grandi doti di Lucio Bove studioso: la pluralità dei suoi interessi, la estrema sua versatilità.

Il saggio del 1955, infatti, affronta con intelligente uso delle fonti giuridiche classiche e giustinianee, interpretate con lodevole equilibrio, un difficile tema di diritto privato delle obbligazioni, con significativi risvolti di carattere pubblicistico.

La lettura critica minuziosa del trattato dell'Aubert sulla vita, gli studi e il pensiero del *Doctor Angelicus* e sulla sua posizione rispetto al diritto romano (citato e utilizzato nella sua opera ben più di quanto fosse usuale tra i suoi contemporanei, si pensi, ad esempio, a San Bonaventura), affronta insieme temi canonistici, di storia delle fonti e della tradizione romanistica e romano-barbarica nel Medioevo e questioni metodologiche non poco delicate.

Il saggio sulle leggi libitinarie, infine, è incentrato sull'analisi di testimonianze epigrafiche puteolane di grande interesse: una *lex parieti faciendo* di fine secondo a.C. e una *lex libitinaria* databile tra il primo avanti e il primo dopo Cristo, fonti che si riferiscono a quel settore di iniziative economiche pubbliche che gli amministrativisti oggi configurerebbero come "esecuzione di opere pubbliche" ovvero "prestazione di servizi pubblici" ed offrono un vero e proprio schema di quelle che a Pozzuoli, a Capua (e verosimilmente non solo lì) dovettero essere le modalità adottate e le condizioni

osservate per l'affidamento a privati da parte della comunità cittadina tanto della materiale esecuzione di un'opera pubblica (come nel caso della *lex parieti faciendo*) quanto della prestazione di servizi di interesse pubblico (quali l'effettuazione dei funerali ecc.).

Partito dunque dallo studio prevalente delle fonti giuridiche classiche e di temi fondamentalmente di diritto romano privato – la prima monografia, che gli valse la libera docenza in diritto romano nel 1960 ebbe ad oggetto il regime giuridico controverso, che egli cercò di dimostrare "unitario", degli *agri vectigales* (sia di quelli che facevano parte dell'*ager publicus populi Romani* ed erano concessi a privati attraverso *locationes censoriae*, sia dei terreni di proprietà di *civitates*, templi, collegi sacerdotali ecc. la cui concessione perciò era probabilmente regolata dalle stesse norme di diritto sostanziale e processuale che disciplinavano l'attività negoziale dei privati) – Bove passò alla trattazione di un tema molto impegnativo, di carattere non solo storico-giuridico, su cui aveva svolto a suo tempo (relatore Lauria) la tesi di laurea e che implicava una forte attenzione alle fonti extragiuridiche: la consuetudine in diritto romano, su cui pubblicò nel 1971 un primo (ed unico) volume, con la specificazione "I. *Dalla Repubblica all'età dei Severi*". Tema da lui ripreso molto tempo dopo, quando si rese promotore presso il Dipartimento di Diritto romano e storia della scienza romanistica della nostra Università di uno stimolante convegno interdisciplinare in cui intervennero tra gli altri, insieme con i romanisti napoletani, Giuseppe Abbamonte, Benedetto Conforti, Pietro Rescigno, Mario Talamanca e i cui atti furono pubblicati, con una prefazione di Lucio e a sua cura, in un volume intitolato *Prassi e Diritto. Valore e ruolo della consuetudine* (Jovene, 2008).

Altro (e diverso) tema al quale egli dedicò speciale attenzione è stato quello che in modo improprio alcuni romanisti (non lui) definiscono "diritto commerciale romano". Se ne occupò, su mia richiesta, nel 1987 scrivendo un'acuta *Nota di lettura* per la ristampa in "Antiqua 47" del classico, introvabile corso di lezioni "dettate nella R. Università di Napoli" nell'anno "scolastico" 1902-1903 da Carlo Fadda su gli *Istituti commerciali del diritto romano*. Argomento su cui Lucio tornò pubblicando, ancora su mio invito, in *Index* 18 (1990) 223 ss. una comunicazione svolta all'Università di Paris II su la *Pratique du commerce et droit à Roma*, che poi, nel 1993, premise in versione italiana al volume *Nautae e mercatores. Iura, leges, negotia*, frutto del corso di Pandette da lui tenuto ormai da titolare della disciplina dal 1987-1988 nella nostra Facoltà "su vicende e rapporti connessi con l'attività armatoriale e l'esecuzione dei trasporti marittimi (di persone e di cose) nel più ampio quadro dell'esercizio del commercio, anche internazionale, nel mondo romano".

Naturalmente, in quel corso (e nel volume ora citato ve ne è documentazione testuale esplicita) riprese, approfondì e ampliò le sue analisi intorno al *corpus* delle *tabulae Pompeianae* riportate alla luce nel luglio del 1959 durante gli scavi per l'ammodernamento dell'autostrada Napoli-Pompei a Murécine. Fondo prezioso, da Bove esplorato, controllato, riordinato e munito di un utilissimo commentario giuridico dopo le prime importanti, ma parziali decifrazioni compiute da Giovanni Onorato, Carlo Giordano e soprattutto Francesco Sbordone, in due volumi, apparsi a cinque anni di distanza l'uno dall'altro, dedicati rispettivamente alla documentazione processuale e a quella negoziale. Con il primo (*Documenti processuali delle tabulae Pompeiane di Murécine* [1979])

vinse il concorso alla cattedra di Papirologia giuridica e fu chiamato come straordinario a Napoli nel 1979, con il secondo (*Documenti di operazioni finanziarie dell'archivio dei Sulpici* [1984]) ottenne nel 1984, da una Commissione formata da Casavola, Gualandi e Capogrossi Colognesi, la promozione ad ordinario nella stessa disciplina.

Non occorre sottolineare come queste sue felicissime ricerche rappresentino un'ulteriore prova delle proteiformi attitudini di Lucio Bove, che riscosse peraltro grande successo anche nell'esercizio della professione forense, iniziata con l'iscrizione nel 1957 all'albo dei Procuratori legali presso il Tribunale di Napoli e la pratica presso lo studio legale del professor Guarino, allora nel grattacielo di via dei Fiorentini, per proseguire (dopo l'iscrizione all'albo degli Avvocati nel 1963) con il passaggio presso l'avv. Luigi Porzio, insieme ai cui figli, Mario e Vittorio, poi fondò un fortunato studio legale ancor oggi operante a Napoli, Milano, Genova, Ravenna.

All'esercizio delle professione di avvocato Lucio Bove (insignito nel 1998 della medaglia d'oro al merito forense) si è dedicato intensamente per tutto l'arco della vita, occupandosi soprattutto di diritto della navigazione, diritto commerciale e diritto civile e pubblicando tra l'altro nel *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno (vol. I, t. 2 [1999] 869 ss.) la sezione su *Il matrimonio civile*. Avvocato di successo – ha scritto di lui Alessandro Corbino – "Lucio Bove ha sempre saputo far convivere la brillante sua attività professionale con altissimo, e testimoniato, senso di appartenenza alla comunità universitaria". È anche per questo che oggi lo ricordiamo, a ottant'anni dalla nascita, con rimpianto.

Abstract

This paper draws the academic and scientific portrait of the Neapolitan Romanist Lucio Bove. It is part of a series of profiles of nineteenth-century Roman-law scholars on which the author has been working with the aim to contribute to a minor history of the studies and the scholars of Roman law during the second half of the twentieth century in Italy. The study is dedicated with deep friendship to Laurens Winkel, who has always paid special attention to the individual profiles of ancient, modern and contemporary jurists, and with whom the author has had the great privilege of working in these recent years in the International Jury of the Boulvert Prize, appreciating his poise, knowledge, and great humanity.

L'ETÀ PER FIDANZARSI NEI *LIBRI DIFFERENTIARUM* DI MODESTINO

Francesca Lamberti* **

1. Le icastiche affermazioni sull'età "minima" a partire dalla quale sia possibile fidanzarsi, presenti in un frammento dei *libri differentiarum* di Modestino, suscitano da svariate decadi motivi di perplessità in dottrina.

> D. 23.1.14 (Modest. 4 *diff.*): *In sponsalibus contrahendis aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis. Quapropter et a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intellegatur, id est si non sint minores quam septem annis*.

Le proposizioni contenute nel frammento appaiono al lettore, per come esso è concepito, almeno in parte contraddittorie. Modestino parte dal constatare che là dove nei matrimoni è stabilita (*definita*) l'età minima per le nozze, così non è nei fidanzamenti. Prosegue affermando che a) ci si può fidanzare sin *a primordio aetatis*; b) purché entrambi i fidanzati intendano la portata dell'atto; c) vale a dire se abbiano non meno di sette anni. Prese in quanto tali esse appaiono portare in sé delle aporie: dapprima il giurista sostiene che sia possibile un fidanzamento fra bambini anche piccolissimi, poi richiede che costoro debbano avere una qualche comprensione delle conseguenze del fidanzamento, infine collega l'*intellegere* al limite minimo del compimento dei sette anni (palesemente in contrasto con l'affermazione d'esordio, relativa al *primordium aetatis*). Onde il motivo per cui sul frammento (sulla chiusa, in particolar modo) si sono appuntati gli strali della critica fra Otto- e prima metà del Novecento[1].

1 Si v. sul punto part. E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains* (Paris, 1928) 210 nt. 7; P. Bonfante, *Corso di diritto romano* 1. *Diritto di famiglia* (Roma, 1925; rist. Milano, 1963) 311 e nt. 2; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, 2a ed., 1 (Roma, 1928) 462 nt. 1; E. Volterra, *Sul consenso della filia familias agli sponsali* (Roma, 1929) 6 (= *Scritti giuridici* 1, Napoli, 1991, 295); S. Solazzi, *Saggi di critica romanistica* (IV. *L'età dell' "infans"*), in *BIDR*. 49-50 (1947), 350 ss. (= *Scritti di diritto romano* 4, Napoli, 1963, 633 ss.); A. Burdese, *Sulla capacità intellettuale degli "impuberes" in diritto romano*, in *AG*. (1956) 150, 9 ss.; G. Wesener, sv. *Pubertas*, in *PWRE*. Suppl. 14 (1974) 571 ss.; da ultimo ancora R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*, 3a ed. (Padova, 1994) 58 ss.; C. Fayer, *La "familia" romana* 2 (Roma, 2005) 75 s. e ntt. 219 ss.

* Professoressa ordinaria (diritto romano) presso l'Università del Salento.

** Mi è assai lieto dedicare queste brevi riflessioni, con cui torno su miei precedenti studi, al carissimo amico e collega Laurens Winkel, che tanto ha animato in questi anni il dibattito romanistico internazionale.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 518-526

Da alcuni decenni l'opinione dottrinale è sostanzialmente mutata: pur rilevando incongruenze (interne al frammento e nel rapporto di esso con altre fonti – giuridiche e letterarie – relative all'*infantia*), diversi autori osservano come il limite dei sette anni fosse già "corrente" in alcuni dibattiti (di carattere retorico e giuridico) dell'avanzato principato, e ne fanno salva la menzione (fra l'altro) all'interno di D. 23.1.14[2].

I tentativi più recenti riconducono le possibili incongruenze da un lato alla natura dell'opera di Modestino, che (da una prospettiva giuridica) utilizzava lo schema retorico e definitorio fondato sul *pendant* fra *genus* e *differentia*[3], dall'altro al tentativo, da parte del giurista, di sintetizzare in poche, brevi battute, le divergenti opinioni dottrinali succedutesi sino all'epoca sua[4].

I *libri differentiarum* appaiono aver avuto natura di trattatello didattico, impostato sulla contrapposizione definitoria fra istituti di diritto e sull'analisi (di tipo alquanto elementare) degli stessi: a differenza di altri manuali istituzionali, la disposizione degli argomenti appare conforme a quella edittale[5]. Le *differentiae* di Modestino dovettero avere una fortuna e una diffusione notevole nel tardo-antico, con conseguenti, numerosi interventi rielaborativi, che ne modificarono non poco la struttura originaria. Da tali rielaborazioni dipende, assai plausibilmente, la redazione attuale anche del nostro frammento.

La mia sensazione è che le affermazioni di Modestino riproducano un dibattito a lui precedente, del quale il giurista riportava i diversi punti di vista succedutisi nel tempo. Nell'originale sarebbe stato presente sia il riferimento all'*intellegere* da parte di entrambi i fidanzati, che l'accenno ai sette anni di età, tuttavia in un contesto più ampio di quello in cui leggiamo attualmente le proposizioni in esame. Il dettato originario sarebbe stato sottoposto a una sintesi, in epoca pre-giustinianea, che avrebbe prodotto la formulazione poi accolta nei *Digesta* giustinianei, e il (parziale) difetto di coerenza fra l'esordio e la

2 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* 2. *Die nachklassischen Entwicklungen*, 2a ed. (München, 1975) 116 nt. 3; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, 1979) 434: "Si venne affermando in età classica una tendenza a far coincidere la fine dell'*infantia* con il compimento del settimo anno; ma siffatta tendenza non fu mai elevata a regola, neppure in epoca giustinianea" e in nt. 13: "Cfr. D. 23,1,14 e D. 26,7,1,2 (sospetti sostanziali non sembrano fondati)"; H.-G. Knothe, *Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung* (Frankfurt a. M.–Bern, 1983) 9 ss.; H.L.W. Nelson, U. Manthe, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen. Text und Kommentar* (Berlin, 1999) 147; F. Lamberti, *Su alcune distinzioni riguardo all età dell impubere nelle fonti giuridiche romane*, in *Scritti di storia per Mario Pani* (Bari, 2011) 211 ss.; Ead., *"Infantia", capacità di "fari/intellegere", e minore età nelle fonti giuridiche classiche e tardoantiche*, in *Iuris Antiqui Historia* 4 (2012) 29 ss.; M. Casola, *L'età del fidanzamento secondo Modestino*, in *Diritto @ Storia*, sez. *Tradizione romana*, 10 (2011-2012).

3 Sul punto M. Talamanca, *Lo schema "genus-species" nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca ed il diritto romano. Colloquio italo-francese-Roma, 14-17 aprile 1973* 2 (Roma, 1977) 31 ss.

4 Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) § 2 ss.

5 F. Schulz, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, 1961; tr. it. Firenze, 1968, a cura di G. Nocera, dall'originale inglese *History of Roman Legal Science*[2], Oxford, 1953) 221 ss.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte.* 2. *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike* (München, 2006) 147 s.; G. Viarengo, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto* (Torino, 2012) 17 ss.

chiusa. Nel contenuto la testimonianza può esser fatta risalire integralmente al giurista: la forma dové tuttavia andar soggetta ad epitome, con tutte le conseguenze del caso.

E' opportuno dunque sottoporre il testo a una rinnovata lettura, per verificare l'ipotesi da me formulata.

2. Il giurista afferma in apertura che, per quel che attiene al fidanzamento, l'età dei contraenti non è soggetta a una definizione normativa, come invece avviene per i matrimoni. Il riferimento è ovviamente ai limiti previsti, per contrarre *iustae nuptiae*, all'interno della legislazione matrimoniale augustea. La *lex Iulia de maritandis ordinibus* prevedeva, come noto, che gli uomini fra i 25 e i 60 anni compiuti e le donne fra i 20 e i 50 dovessero essere uniti in matrimonio o vincolati da fidanzamento. I *caelibes*, ovvero coloro che non ottemperassero a tali disposizioni, erano sanzionati con l'*incapacitas*, ovvero l'impossibilità di ricevere (*capere*) legati ed eredità loro devoluti, a meno che non si sposassero o fidanzassero entro 100 giorni dal lascito[6]. Quanto ai fidanzamenti *in fraudem legis*, o di durata superiore ai due anni, essi non valevano al fine di evitare l'*incapacitas* prevista per i *caelibes*. Valevano tuttavia per tutti gli altri effetti previsti da norme diverse dalla *lex Iulia et Papia*[7]*:* onde la considerazione di cui essi godevano nelle opere giurisprudenziali. Non fa meraviglia dunque che anche Modestino si occupasse di ipotesi di fidanzamento contratte in età ben anteriore alla pubertà, né che il giurista accogliesse l'opinione per cui nel fidanzamento *"aetas contrahentium definita non est ut in matrimoniis*".

Nel frammento si prosegue poi affermando che, data l'assenza di una definizione normativa, il fidanzamento può contrarsi "*a primordio aetatis*", purché tuttavia entrambe le parti comprendano la portata dell'atto. L'uso del sintagma "*a primordio aetatis*" è andato soggetto a contrastanti ipotesi interpretative. Vi è chi reputa che esso sia da intendersi nel senso di "fin dalla nascita"[8], la qual cosa tuttavia è in opposizione con la necessità che ai due fidanzati sia chiara l'efficacia dell'atto che vanno compiendo. Altri, in modo pragmatico, intendono l'espressione come "sin dalla prima infanzia", in tal modo reputando possibile conciliare la prima parte della frase (che ammette la possibilità di fidanzare i figli sin da piccolissimi) con la seconda, che richiede un qualche barlume di comprensione nei fanciulli[9].

6 Gai 2.111, 144, 286; Tit. Ulp. 14.1, 22.3; Tert. *Apol*. 4.8; Suet. *Aug*. 34.2; Cass. Dio 54.16.7. In letteratura, per tutti, A. Wallace-Hadrill, *Family and Inheritance in the Augustan Marriage Laws,* in *PCPhS*. 27 (1981) 58 ss.; S. Treggiari, *Roman Marriage. "Iusti coniuges" from the Time of Cicero to the Time of Ulpian* (Oxford, 1991) 57 ss.; R. Astolfi, *La "lex Iulia et Papia"*, 4a ed. (Padova, 1996); T.A.J. McGinn, *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (Oxford, 2003) 70 ss.; T. Spagnuolo Vigorita, *"Casta domus". Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, 3a ed. (Napoli, 2010).

7 Cfr. Astolfi, *La "lex Iulia et Papia"* (n. 6) 7 ss.

8 S. Solazzi, *Le nozze della minorenne*, in *Atti Accad. Torino* 51 (1926) 758 nt. 2 (= *Scritti di dir. rom.* 2, Napoli, 1957, 155 nt. 25 n. 3). Adesivo, fra altri, G. Knothe, *Zur 7-Jahresgrenze der "infantia"* (n. 2), 246 s.

9 S. Perozzi, *Istituzioni* 2 (n. 1) 356 nt. 1; E. Volterra, *Sul consenso* (n. 1) 6 ss.; Id., *Ricerche intorno agli sponsali in diritto romano*, in *BIDR* 40 (1932) 101; vastità di esempi in Fayer, *La "familia" romana* 2 (n. 1) 440 ss., part. 441 nt. 357; si v. altresì Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 222 s.

Di recente Maria Casola è tornata sul punto[10], stimando che il giurista avesse riferimento all'abitudine (nelle classi elevate) di fidanzare i propri figli fra loro anche a pochissimi mesi d'età, e derivandone che il significato da attribuire al sintagma in questione sia "sin dalla nascita". L'a. sostiene che nelle nelle rade fonti giuridiche in cui compare il termine *primordium* esso sia sempre da intendere come "principio"[11]; analoga sarebbe la declinazione corrente della locuzione nelle fonti letterarie[12]. In base a tali affermazioni, reputa che il giurista intendesse riferirsi, fra l'altro, ai fidanzamenti stipulati in realtà dai genitori per conto dei figli, sin dalla più tenera età.

A mio modo di vedere, il termine *primordium*, nel contesto in esame, non può intendersi nel senso proposto dall'a. Mi sembra piuttosto che si debba aderire sul punto all'opinione comune, che lo interpreta nella valenza di "fase iniziale". Direi inoltre che in D. 23.1.14 la parola *primordium* vada letta in combinazione col termine *aetas* e – in quanto tale – considerata quale sinonimo di espressioni quali "*a primis aetatis annis*"[13], "*a primis temporibus aetatis*"[14], "*prima aetate*" o

10 M. Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) § 2.

11 Secondo l'a. *primordium* avrebbe il senso di "momento iniziale" nei (radi) frammenti in cui si riviene, vale a dire in D. 1.13.1.3 (Ulp. *l.s. de off. quaest*): *Hodieque optinuit indifferenter quaestores creari tam patricios quam plebeios ingressus est enim et quasi primordium gerendorum honorum sententiaeque in senatu dicendae*; in D. 31.76.3 (Pap. 7 *resp*.): "*Heres meus Titio dato, quod ex testamento Sempronii debetur mihi*". *Cum iure novationis, quam legatarius idemque testator ante fecerat, legatum ex testamento non debeatur, placuit falsam demonstrationem legatario non obesse, nec in totum falsum videri, quod veritatis primordio adiuvaretur*; e in D. 41.3.45.1 (Pap. 10 *resp*.): *Post mortem domini servus hereditarius peculii nomine rem coepit tenere, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditae quemadmodum etenim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?* A mio modo di vedere sicuramente nel primo frammento "*primordium*" ha riferimento alle "fasi iniziali" (più che ad un "momento iniziale") del *cursus honorum* (si v., per tutti, L. Fanizza, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma, 2004, 22 s.); nel secondo frammento, concernente un legato di somma di denaro che il testatore affermava dovergli pervenire analogamente a titolo di legato, la decisione di Papiniano (in caso di invalidità del primo legato), doversi applicare il principio "*falsa demonstratio non nocet*", reputando valido il secondo legato, si fondava sul fatto che l'originaria affermazione del testatore poggiava "su un barlume di verità": anche in tal caso dunque *primordium* non ha necessariamente il senso che l'a. intenderebbe assegnarli. Solo nel terzo frammento *primordium* appare effettivamente riguardare l'inizio dell'usucapione e dunque possedere la valenza che l'a. reputa invece generale.

12 Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) nt. 12, tuttavia non individua nel suo lavoro le fonti letterarie cui allude, archiviando il problema con un generico riferimento ai lessici e *Thesauri* più diffusi nelle nostre discipline.

13 Quint. *Decl. mai*. 9.3.6: *Sine dubio a primis aetatis annis iunxerat nos potentissimus amor ille puerilis, dum aut nulla erant inter parentes odia aut a nobis non intellegebantur*.

14 Si v. ad es. Cic. *Tusc*. 5.5: *Sed et huius culpae et ceterorum vitiorum peccatorumque nostrorum omnis a philosophia petenda correctio est. cuius in sinum cum a primis temporibus aetatis nostra voluntas studiumque nos compulisset, his gravissimis casibus in eundem portum, ex quo eramus egressi, magna iactati tempestate confugimus*; Cic. *ad fam*. 4.4(3).4: *nihil faciam insolenter neque te tali vel scientia vel natura praeditum hortabor ut ad eas te referas artis quibus a primis temporibus aetatis studium tuum dedisti* (nella stessa *epistula*, in 4.4(3).3 l'espressione, sinonimica, "*ab initio aetati"*, nella frase "*te autem ab initio aetatis memoria teneo summe omnium doctrinarum studiosum fuisse ..."*); *ad fam*. 6.12.4: *... quod ego non mirabar, cum recordarer te et a primis temporibus aetatis in re publica esse versatum et tuos magistratus in ipsa discrimina incidisse salutis fortunarumque communium et in hoc ipsum bellum esse ingressum non solum ut victor beatus sed etiam* [*ut*]*, si ita accidisset, victus ut sapiens esses*.

"*prima aetas*"[15]. Nelle declinazioni indicate, gli autori classici usano il sintagma riferendolo ai primi anni dell'infanzia, come è evidente dal fatto che per lo più lo colleghino a talenti rivelati da persone della loro epoca "sin da bambini".

Le fonti di età classica appaiono dare rilievo al fatto che a "consentire" al fidanzamento dovessero essere i fidanzati stessi, e non solo i relativi *patres familiarum*. Giuliano enunciava la regola con riferimento al consenso della *filia familias*[16], dato che (verosimilmente) là dove si ammettesse il *consensus* della donna, a fortiori tale necessità doveva valere anche per il *filius familias*. Perciò la prassi di decidere da parte dei genitori, per conto dei figli, quando essi fossero in giovanissima età, ovviava al problema del loro consenso: Ulpiano reputava ad esempio che il requisito si allentasse, affermando che il consenso in particolare della *filia familias* potesse presumersi, se costei non dissentiva apertamente[17]. Lo stesso frammento di Modestino appare in sintonia con l'orientamento espresso da Ulpiano: non è richiesto, in esso, il "consenso" da parte del minore che viene fidanzato in tenera età, ma semplicemente che costui (o costei) "*intellegat*", intenda, il significato dell'atto che viene posto in essere[18].

3. Quel che appare potersi desumere, dall'analisi sinora operata, è che il dibattito giurisprudenziale (del quale Modestino doveva dare, nelle proprie *differentiae*, almeno sommariamente conto) vertesse sul se l'impubere di giovanissima età al quale fosse fatto

15 Cic. *de or*. 1.3.1: *Quam spem cogitationum et consiliorum meorum cum graves communium temporum tum varii nostri casus fefellerunt; nam qui locus quietis et tranquillitatis plenissimus fore videbatur, in eo maximae moles molestiarum et turbulentissimae tempestates exstiterunt; neque vero nobis cupientibus atque exoptantibus fructus oti datus est ad eas artis, quibus a pueris dediti fuimus, celebrandas inter nosque recolendas. Nam prima aetate incidimus in ipsam perturbationem disciplinae veteris, et consulatu devenimus in medium rerum omnium certamen atque discrimen, et hoc tempus omne post consulatum obiecimus eis fluctibus, qui per nos a communi peste depulsi in nosmet ipsos redundarent*; Quint. *Inst. Or.* 1. pr. 6: *Quod opus, Marcelle Vitori, tibi dicamus, quem cum amicissimum nobis tum eximio litterarum amore flagrantem non propter haec modo, quamquam sint magna, dignissimum hoc mutuae inter nos caritatis pignore iudicabamus, sed quod erudiendo Getae tuo, cuius prima aetas manifestum iam ingenii lumen ostendit, non inutiles fore libri uidebantur quos ab ipsis dicendi uelut incunabulis per omnes quae modo aliquid oratori futuro conferant artis ad summam eius operis perducere festinabimus, atque eo magis quod duo iam sub nomine meo libri ferebantur artis rhetoricae neque editi a me neque in hoc comparati.*

16 D. 23.1.11 (Iul. 16 *dig*.): *Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*.

17 D. 23.1.12 pr. (Ulp. *l.s. de spons*.): *quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur*. E. Volterra, *Sul consenso della "filiafamilias"* (n. 1) 6; P. Voci, *Storia della "patria potestas" da Augusto a Diocleziano*, in *Iura* 31 (1980), 37 ss., part. 42 ss. (= Id., *Studi di diritto romano* 2, Padova, 1985, 397 ss. part. 404 ss.); Astolfi, *Il fidanzamento* (n. 1) 71 ss.; M.V. Bramante, " *Patres', filii' e filiae' nelle commedie di Plauto. Note sul diritto nel teatro"*, in E. Cantarella, L. Gagliardi (curr.), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma* (Milano, 2007) 95 ss., part. 110 ss.; S.C. Peréz Gomez, *El matrimonio como estrategía en la carrera política durante el último tramo de la república*, in *RidRom* 7 (2011) 367 ss. Più in generale sui temi del consenso, C. Cascione, "*Consensus". Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche* (Napoli, 2003).

18 Voci, *Storia della "patria potestas"* (n. 17) 405 s.: "Il regime degli sponsali lascia ... al padre maggiori iniziative che nel matrimonio. Il principio giuridico è quello del concorso necessario delle due volontà; ma, di fatto, la volontà della figlia non sempre è spontanea, perché è il padre a trovarle marito, cioè ... a collocarla in matrimonio. In atti che sono, o si ritengono, a vantaggio dei *filii familias*, e in genere, di persone d'età assai giovane, è frequente che si sorvoli sul requisito della volontà effettiva".

contrarre fidanzamento dovesse essere in grado di comprendere o meno la portata dell'atto che compiva. Un simile dibattito era d'altronde diffuso in riferimento al se il minore uscito dalla prima infanzia, in grado di pronunciare il formulario di negozi produttivi di *obligationes verbis*, dovesse intendere gli effetti dell'atto che stava compiendo[19]. Nulla di singolare che esso venisse esteso anche a negozi almeno originariamente di impianto verbale, come gli *sponsalia*[20]. Deve credersi che oramai, all'epoca di Modestino, si fosse affermato l'indirizzo che richiedeva nei minori, in grado di *fari*, per alcuni atti negoziali (incluso, fra essi, il fidanzamento) anche *aliquis intellectus*, una certa comprensione di quanto andavano compiendo[21]. Del resto, svincolando l'istituto del fidanzamento dal legame originario con la *sponsio*, diveniva possibile richiedere ciò che per la *sponsio* non era necessario: per tale atto le fonti appaiono concordi nell'affermare che nel minore è sufficiente la capacità di *fari*, di pronunciare i *verba* negoziali, senza necessità che egli intenda la portata dell'atto[22]; una volta "distanziato" il fidanzamento dalla *sponsio* diveniva possibile invece richiedere l'*intellectus* dei contraenti, vale a dire il reale *consensus* dei fidanzati. Ciò è coerente con il tenore dei numerosi frammenti altoclassici che richiedono, per il valido compimento di *sponsalia*, non l'adesione a un regolamento verbale, ma il *consensus* dei fidanzati[23]. Requisito per il quale a tratti i giuristi sembrano allentare il rigore (come nel caso, sopra considerato, del *consensus* della *filia familias*), ma che appare ad ogni buon conto affermato, per l'avanzato principato, nell'ipotesi degli *sponsalia*. Non vi sarebbe pertanto contrasto patente fra l'affermazione iniziale di Modestino, potersi fidanzare dei fanciulli anche in assai tenera età ("*a primordio aetatis*"), e la successiva, che richiede che in essi vi sia un barlume di comprensione di quanto vanno compiendo ("*si modo id fieri ab utraque persona intellegatur*"), dato che anche bambini piccoli possono intendere il senso del "fidanzarsi".

4. Dubbi e scetticismo ha suscitato altresì l'affermazione di chiusura del frammento, che appare invece legare la comprensione degli effetti dell'atto al compimento del settimo

19 Sul punto part. Lamberti, *Su alcune "distinzioni"* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infanti* (n. 2) 29 ss.; e, da ultimo, G. Coppola, *Annotatiunculae* II. *Qualche puntualizzazione sull "infanti proximus" ed il "pubertati proximus"*, in *Rivista di diritto romano* 12 (2012).

20 D. 23.1.2 (Ulp. *l.s. de spons*.). Sulla progressiva desuetudine della *sponsio* come produttiva di obbligo al successivo matrimonio, a partire dalla tarda repubblica, per tutti Astolfi, *Il fidanzamento* (n. 1) 43 s.; Fayer, *La "familia" romana* (n. 1) part. 22 ss.

21 Si v. le asserzioni in Gai 3.109: *Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est qui iam aliquem intellectum habet. nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent ...* . Sul punto Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss. (con una divergente interpretazione della chiusa di Gai 3.109); G. Coppola, *Annotatiunculae* II (n. 19) § 2.

22 Per tutti Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss.; G. Coppola, *Annotatiunculae* II (n. 19).

23 Sin da età adrianea, se da attribuirsi effettivamente a Giuliano sono le affermazioni presenti in D. 23.1.11 (Iul. 10 *dig*.): *Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet*; si v. altresì D. 23.1.7.1 (Paul. 35 *ad ed.)*: *In sponsalibus contrahendis etiam consensus eorum exigendus est quorum in nuptiis desideratur*; D. 23.1.12 pr. (Ulp. *l. s. de spons*.): *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur.* 1. *Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat*; D. 23.1.13 (Paul. 5 *ad ed.*): *Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt*; D. 23.1.4 (Ulp. 35 *ad Sab*.): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*.

anno d'età[24]. Era in realtà dubbio, sia per gli autori che più genericamente si occupavano di pedagogia, sia all'interno degli scritti giurisprudenziali, se fosse possibile collegare una qualche "capacità di intendere e di volere" del fanciullo minore al compimento di una determinata età. E' certo, come ho rilevato altrove, che il *discrimen* del "settimo anno" giocava un ruolo nel dibattito intellettuale, in Roma, sin dagli esordi almeno del principato[25].

Esso viene in considerazione anche nel dibattito giurisprudenziale, già nell'avanzato principato, se deve darsi fede, oltre alla testimonianza di Modestino, a quanto affermato a proposito della necessità (e opportunità) per il minore di comparire in giudizio unitamente al proprio tutore, in un frammento di Ulpiano. In D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 *ad ed*.) si dibatteva della possibilità per il minore di assumere in prima persona la difesa delle proprie posizioni, affiancato dall'*auctoritas* del tutore, e il giurista ammetteva tale evenienza per il minore *praesens* e che avesse compiuto almeno il settimo anno d'età[26].

Se dunque la "chiusa" del frammento dei *libri differentiarum*, considerata solo nel rapporto con le affermazioni precedenti di D. 23.1.14, potrebbe indurre a (non

24 *Retro*, nt. 1.

25 Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss. Si v. sulla questione del settimo anno d'età, oltre la letteratura ivi citata, part. Quintil., *Inst. Or*. 1.1: 15. *Quidam litteris instituendos qui minores septem annis essent non putaverunt, quod illa primum aetas et intellectum disciplinarum capere et laborem pati posset. In qua sententia Hesiodum esse plurimi tradunt qui ante grammaticum Aristophanen fuerunt (nam is primus ὑποθήκας in quo libro scriptum hoc invenitur, negavit esse huius poetae);* 16. *Sed alii quoque auctores, inter quos Eratosthenes, idem praeceperunt. Melius autem qui nullum tempus vacare cura volunt, ut Chrysippus. Nam is, quamvis nutricibus triennium dederit, tamen ab illis quoque iam formandam quam optimis institutis mentem infantium iudicat*. 17. *Cur autem non pertineat ad litteras aetas quae ad mores iam pertinet? Neque ignoro toto illo de quo loquor tempore vix tantum effici quantum conferre unus postea possit annus; sed tamen mihi qui id senserunt videntur non tam discentibus in hac parte quam docentibus pepercisse*. 18. *Quid melius alioquin facient ex quo loqui poterunt (faciant enim aliquid necesse est)? aut cur hoc quantulumcumque est usque ad septem annos lucrum fastidiamus? Nam certe quamlibet parvum sit quod contulerit aetas prior, maiora tamen aliqua discet puer ipso illo anno quo minora didicisset*; Iuv. *Sat*. 5.14.10 ss.: *... cum septimus annus / transierit puerum, nondum omni dente renato, / barbatos licet admoveas mille inde magistros, / hinc totidem, cupiet lauto cenare paratu / semper et a magna non degenerare culina*. Sul "significato simbolico" del numero sette, v. part. S. Tafaro, *Brevi note sugli "infantes"*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna* (Napoli, 2007) 5467 ss.

26 D. 26.7.1.2 (Ulp. 35 *ad ed*.): *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillus ipsis auctoribus,* [*nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent*]. *Licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur ita tamen, ut pro his, qui fari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent*. Maggiori dettagli, sul punto, in Lamberti, *Su alcune distinzioni* (n. 2) 211 ss.; Ead., *Infantia* (n. 2) 29 ss. Si rinvia altresì alla cauta apertura, in argomento, di Astolfi, *Il fidanzamento* (n. 1) 61 s.: "È probabile che la regola, ai tempi di Ulpiano, non fosse ancora assoluta, ma costituisse soltanto una presunzione. Lo lascerebbe capire lo stesso Ulpiano. Egli scrive che chi è immaturo non può stare in giudizio; precisa che è maturo chi ha sette anni; tace sulla maturità di chi ne ha meno … Il giurista non è in grado di pronunciarsi sulla immaturità di chi ha meno di sette anni, perché essa è un dato di fatto, da accertarsi di volta in volta. La si potrà presumere, ma non darla sempre per certa … Era possibile che in casi eccezionali fosse ammessa la costituzione personale di un pupillo inferiore ai sette anni. Come, d'altra parte, non si può escludere che venisse eccezionalmente approvata la decisione del tutore di assumere su di sé la difesa del pupillo ancora troppo immaturo, nonostante i suoi sette anni."

ingiustificati) sospetti, là dove la si colleghi con un dibattito già precedente a Modestino (del quale sono indizio soprattutto gli accenni contenuti nel frammento ulpianeo) è fondato supporre che il discorso originario del giurista contenesse una menzione di opinioni dottrinali ai sensi delle quali si reputava opportuno fissare un "limite minimo" (almeno in linea orientativa) ai sette anni d'età. I riferimenti di dettaglio sarebbero andati perduti nel successivo processo di volgarizzazione e sintesi (che investì questa ed altre opere) nella tarda antichità. Spia della presenza di un più elaborato dibattito potrebbe ravvisarsi nello *Scholium* a Bas. 28.1.12, che – nel richiamare la possibilità di fidanzamento sia fra *puberes* che *impuberes*, secondo un'affermazione che rinveniamo anche in altre fonti giurisprudenziali[27] – riproduceva appunto una sorta di *disputatio*, in base alla quale, potendo il fidanzamento realizzarsi anche fra *impuberes*, era ipotizzabile appunto un atto del genere fra fanciulli che avessero compiuto almeno il settimo anno d'età[28].

Sia pur nella convinzione della riferibilità allo stesso Modestino delle affermazioni presenti nel frammento esaminato, non mi spingerei tuttavia ad affermare, con Casola, che esse contengano "il frutto della sintesi delle discipline succedutesi dall'età repubblicana sino al tempo di Modestino", né che fosse quest'ultimo a tentarne un'armonizzazione[29]. La sintesi fu verosimilmente successiva al nostro giurista, e dovuta ai molteplici rimaneggiamenti che l'opera subì, proprio a cagione della sua fortuna, nell'antichità tardiva[30].

27 D. 23.1.9 (Ulp. 35 *ad ed.*): *Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae ...*); PS. 2.19.1: *Sponsalia tam inter puberes quam inter impuberes contrahi possunt*.

28 Sch. ad Bas. 28.1.12: *Ἐρώτησις. Εἶπας, ὅτι ἐπὶ τῆς μνηστείας οὐκ ἔστιν ὡρισμένος χρόνος τῶν συναλλαττόντων ἔπειτα, ὡς δεῖ τοὺς σὺναλλάττοντας ἑπτὰ ἔτους τυγχάνειν χρόνον, τοὺτο οὐδὲν ἕτερόν ἐστιν, ἢ χρόνον καὶ ἐπὶ τῆς μνηστείας ὁρίσαι. Λύσις. Οὐκ ἐναντιοῦται, μὴ γένοιτο, ἑαυτῷ ὁ Μοδεστῖνος ὃ γὰρ θέλει εἰπεῖν, τοῦτό ἐστιν ὡρισμένος μέν ἐστι καί ἐπὶ τὴς μνηστείας τῶν συναλλασσόντων ὁ χρόνος, οὐχ οὕτω μέντοι, ὥςπερ ἐπὶ τῶν γάμων οὔτε γὰρ πάντως ἐφήβους εἶναι δεῖ τοὺς μνηστευομένους, ὥςπερ ἐφήβους εἶναι δεῖ τοὺς γαμοῦντας καί γὰρ ἑπταετίας τυγχάνοντες χρόνου δύνανται μνηστείαν συστήσασθαι.* (*Interrogatio. Dixisti, in sponsalibus non esse definitam aetatem contrahentium deinde contrahentes aetatem septem annorum habere debere. Hoc nihil aliud est, quam aetatem etiam in sponsalibus definire. Solutio. Non adversatur, quod absit, sibi Modestinus quod enim dicere vult, hoc est definita quidem est etiam in sponsalibus aetas contrahentium, non tamen ita, uti in nuptiis neque enim omnino puberes esse oportet eos, qui sponsalia contrahunt, sicut puberes esse oportet eos, qui nuptias contrahunt etenim aetatem septem annorum nacti sponsalia contrahere possunt.*)

29 Casola, *L'età del fidanzamento* (n. 2) § 4.

30 Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* (n. 5): "Eine Schrift dieser Art kam der nachklassischen Unterrichtsmethode besonders entgegen. Sie ist im Westen wie im Osten verbreitet; dementsprechend ist sie früh überarbeitet worden".

Abstract

The article examines the fragment D. 23.1.14 of the Digest with reference to a recent debate on the age of entering into engagements. The author considers the arguments that the fragment is not authentic, but rejects them. D. 23.1.14 contains original statements by the Roman jurist Modestinus, which were summarised and epitomised by scholars in late antiquity. It was debated whether an *impubes*, in order to be allowed to enter into an engagement, should understand the nature of an engagement, and whether an *impubes* who had reached the age of seven might do so.

LA PORTEE NORMATIVE DES *RESCRIPTA AD CONSULTATIONEM EMISSA* SOUS CONSTANTIN

Aude Laquerrière-Lacroix*

1. Introduction

Le renouveau d'intérêt de la doctrine envers les sources du droit romain tardif a dégagé, en matière de rescrits, plusieurs champs d'enquête encore ouverts.

Ainsi, de récentes études invitent à revenir sur la portée normative des constitutions impériales aux IV et Ve siècles pour redonner leur place aux rescrits impériaux, réponses écrites données par le Prince – ou en son nom – à la supplique d'un particulier ou bien à la question qui lui est posée par un magistrat ou un fonctionnaire, à l'occasion d'un litige ou en dehors de tout contentieux[1].

En effet, après Dioclétien, les rescrits n'ont pas disparu du "panorama normatif" mais ont été régulièrement utilisés, même après l'essor, à partir de Constantin, des *leges generales*[2].

D'après le *Code Théodosien* (CTh. 1.1.6 pr. (a. 435)), les commissaires de Théodose II devaient inclure les seules règles normatives de portée générale, les *edictales generalesque constitutiones*[3]. Or, la plupart des textes du *Code* sont issus de lettres adressées à de hauts fonctionnaires (*epistulae*)[4]. Les commissaires ont vraisemblablement conservé la partie générale de la réponse du Prince. Tel serait le cas des rescrits en réponse à la

1 Voir en particulier, L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1. Il c.d. processo *per rescriptum*", *SDHI*, LXI (1995), pp. 285-312, avec un rappel de la doctrine dominante pp. 285-286 et notes 1-7; Id., "Note critiche sui rescritti postclassici 2. L'efficacia normativa dei rescritti *ad consultationes* e dei rescritti *ad preces emissa*", *AARC*, XIV, Napoli, 2003, pp. 359-380, spéc., pp. 359-360.

2 Cf. L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit., p. 360; A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code. A Study*, Friedrichsdorf, 2007, pp. 32-33.

3 Voir aussi, CTh. 1.1.5 (a. 429): *sacra generalitas*, *omni generalium constitutionum diversitate collecta nullaque extra se*. Sur la question de la *lex generalis*, cf. A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., pp. 20-35, spéc., pp. 32 et 34; Id., "Observations on the *Theodosian Code Lex Generalis*, Validity of Laws", *AARC*, XIV, Napoli, 2003, pp. 145-153.

4 Cf. A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., p. 23.

* Professeur à l'Université de Reims.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 527-535

suggestio[5] d'un fonctionnaire ou à la *consultatio* d'un magistrat[6], point de droit soumis à la délibération de celui-ci[7].

Nonobstant le changement terminologique débuté sous Constantin, une certaine continuité avec le Principat[8] s'observe encore au début du IVe siècle[9]. Comme l'a récemment souligné L. Maggio, à la *subscriptio* – réponse écrite à la demande d'un particulier (*libellus*, *prex*) et à l'*epistula* – réponse écrite à un magistrat, à un fonctionnaire chargé de la justice – se sont substituées les expressions *rescripta ad preces emissa* – les rescrits en réponse aux suppliques de particuliers – et *rescripta ad consultationem emissa* – les rescrits en réponse à la question d'un magistrat sur un point de droit controversé[10]. Or, cette distinction prend tout son sens sous l'angle de l'efficacité normative[11].

L'étude se propose de revenir sur les textes Constantiniens en matière de rescrits *ad consultationem emissa*. Ces rescrits revêtent-ils une portée normative limitée à l'affaire à propos de laquelle le Prince a donné la solution de droit ou bien conservent-t-ils, comme à l'époque classique, la valeur de précédents, applicables par analogie, à des cas similaires?[12] La réponse du Prince constitue-t-elle encore une décision en interprétation laissant au juge requérant la maîtrise de sa sentence ou bien s'y substitue-t-elle?[13]

En la matière, Constantin semble avoir opéré un revirement en juin 318, suivi ensuite en Orient comme en Occident selon deux voies parallèles.

5 *Suggestio, onis*, f: suggestion, conseil.

6 En ce sens, A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., p. 11; pp. 22-23; A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio* nel regime delle impugnazioni tra il iv e il v secolo", *AARC*, XIV, Napoli, 2003, p. 334 et note 38.

7 *Consultatio*, *onis*, f, au sens de point soumis à une délibération, de question posée à un juriste.

8 Se reporter à J-P. Coriat, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome, 1997; Id., "La technique du rescrit à la fin du Principat", *SDHI*, LI (1985), pp. 319-348.

9 Cf. F. Arcaria, *Referre ad Principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milano, 2000; F. Pergami, *Amministrazione della giustizia e interventi imperiali nel sistema processuale della tarda antichità*, Milano, 2007, pp. 4-8.

10 Sur la question, voir notamment, F. De Marini Avonzo, "I rescritti nel processo del IV e V secolo", *AARC*, XI, Napoli, 1996, pp. 29-39; A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., pp. 323-349 ainsi que les interventions de F. Arcaria (pp. 351-354) et de S. Giglio (pp. 355-358); L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit.; Id., "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit.; F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., spéc. pp. 4 sq. (bibliographie, pp. 3-4, notes 2-4); Id., *L'appello nella legislazione del tardo impero*, Milano, 2000, spéc., pp. 447-462; Id., "*Appellatio more consultationis*", *SDHI*, LXIX (2003), pp. 165-183; J. Gaudemet, "Constitutions constantiniennes relatives à l'appel", *ZSS* 98 (1981), pp. 47-76; G. Bassanelli Sommariva, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustinianeo*, Milano, 1983; F. Arcaria, Referre ad Principem cit., spéc., pp. 166-177.

11 L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., p. 287 et notes 8-10; Id., "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit., p. 359.

12 Sous le Principat, le rescrit interprétatif s'impose au juge au regard du cas spécialement réglé mais surtout a valeur de précédent et en tant que tel entre dans le droit casuistique, objet de l'interprétation des juristes. Le pouvoir d'interprétation des juristes coexiste avec celui de l'Empereur à égalité d'autorité; cf. L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit., pp. 361-364.

13 L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., p. 302 souligne qu'à l'époque classique, les *epistulae* n'ont jamais contenu la sentence définitive qui relevait toujours du juge requérant.

2. La *consultatio ante sententiam* avant juin 318

Deux extraits du *Code*, CTh. 11.29.1 et CTh. 11.30.1, sont, en général, considérés comme les deux fragments d'une même constitution Constantinienne, scindée par les commissaires de Théodose II sous deux titres: CTh. 11.30 *De appellationibus et poenis earum et consultationibus* et CTh. 11.29 *De relationibus*.

Cette constitution, de date incertaine, constituerait la première intervention de Constantin en matière de *consultatio ante sententiam*[14].

Plusieurs arguments appuient cette hypothèse reconstructive: l'identité des inscriptions, celle du mois et du lieu d'émission, celle de l'année consulaire (*Constantino A. III et Licinio III conss*.), la proximité des dispositifs ainsi que les mentions *post alia* et *et cetera*.

En ce sens, la constitution d'origine devrait se lire dans l'ordre suivant: CTh. 11.30.1 puis CTh. 11.29.1.

> CTh. 11.30.1: Imp. Constantinus A. ad Claudium Plotianum correctorem Lucaniae et Brittiorum. Si in negotio civili cognitis utrisque actionibus pronuntiaveris te ad nostram scientiam relaturum, consultationis exemplum litigatoribus intra decem dies edi aput acta iubeas, ut, si cui forte relatio tua minus plena vel contraria videatur, is refutatorias preces similiter tibi aput acta offerat intra dies quinque, quam illi exemplum consultationis tuae obtuleris. Iam dicationis tuae est omnia, quae aput te vel aput alios gesta fuerint in eo negotio, consultationi tuae cum refutatoriis litigantis adnectere, ita ut scias et decem dies, intra quos edi consultationem oportet, et quinque, intra quos preces refutatoriae offerendae sunt, continuos debere servari. Nam quinque diebus transactis nec offerentem preces refutatorias litigatorem debebis audire, sed sine his, quoniam intra statutum tempus oblatae non sunt, gesta omnia ad nostram referre scientiam. Et cetera. *Dat. III kal. ian. Treviris Constantino A. III et Licinio III conss*.

> CTh. 11.29.1: Imp. Constantinus A. ad Claudium Plotianum correctorem Lucaniae et Brittiorum. Post alia. Super paucis, quae iuridica sententia decidi non possunt, nostram debes consulere maiestatem, ne occupationes nostras interrumpas, cum litigatoribus legitimum remaneat arbitrium a sententia provocandi. *Dat. VI kal. ian. Treviris, acc. VIII id. feb. Regio Constantino* a. *III et Licinio III conss*.

Or, comme l'a fort bien souligné F. Pergami[15], il convient alors d'expliquer la différence entre les souscriptions: *Dat. III kal. ian. / Dat. VI kal. ian*. et l'omission dans CTh. 11.30.1 de la date de réception, *acc. VIII id. feb. Regio*.

S'il est vrai qu'un copiste peut facilement inter changer le III et le VI[16], l'absence de mention de la date de réception suscite des interrogations.

14 L'origine de cette procédure ne doit pas être recherchée dans une norme législative mais dans la pratique judiciaire qui s'est affirmée au cours du Principat, cf. A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 323.

15 Sur ce point, cf. F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., pp. 9-11.

16 En ce sens, F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., p. 9.

Si l'on suit les souscriptions au plus près, CTh. 11.30.1 aurait été émise à Trèves le 30 décembre 313 sous le troisième consulat de Constantin et Licinius et la date de réception omise correspondrait au consulat de 314 (*Volusiano et Anniano conss*.), tandis que CTh. 11.29.1 aurait été émise à Trèves le 27 décembre 312[17] et non pas en 313 (c'est-à-dire sous le deuxième consulat de Constantin et Licinius), puis reçue à Regium (Bruttium) le 6 février 313 sous le troisième consulat de Constantin et Licinius. Pour conserver la référence au troisième consulat de Constantin et Licinius et ne pas y voir d'erreur de copiste, il faudrait alors considérer que ces deux textes ne sont pas les fragments d'une même constitution mais deux fragments de deux constitutions adressées au même destinataire à un an d'intervalle et trouvés dans des archives différentes.

Dès lors, il conviendrait de lire séparément ces deux textes et dans l'ordre inverse.

D'abord, en 312, dans CTh. 11.29.1, Constantin précise au gouverneur (*corrector*) de la province suburbicaire de Lucania et Bruttium la différence entre la *consultatio ante sententiam* et la procédure d'appel[18]. Le juge ne doit consulter l'Empereur que dans les rares cas à propos desquels il ne peut rendre de sentence judiciaire. Dans ces rares cas de décision de renvoi au Prince, les parties ne peuvent exercer de voie de recours. Dans tous les autres cas, les parties conservent l'option légitime de faire appel. Ceci semble bien indiquer d'une part, que la consultation doit porter sur un point de droit rendant la sentence impossible à rendre pour le juge et d'autre part, qu'un appel *per consultationem* (ou *more consultationis*) n'est pas institué en tant que nouvelle forme d'appel, modelée sur la procédure de la *consultatio ante sententiam* et réservée à la compétence exclusive du tribunal impérial[19]. La procédure de *consultatio ante sententiam* fait figure de procédure autonome. Il s'agit d'une procédure préjudicielle émanant du juge[20], distincte de l'appel de la sentence, laissé au libre choix des parties[21]. Cette procédure semble s'apparenter à un renvoi préjudiciel en interprétation[22].

L'année suivante, fin décembre 313[23], Constantin explique au gouverneur de Lucania et Bruttium, juge de premier degré, la procédure à suivre pour en référer en matière civile

17 F. Pergami, *Amministrazione della giustizia* cit., pp. 10-11 opte pour 312 mais aussi pour un unique texte (pp. 8-9). Selon l'auteur, un copiste aurait fait deux fois l'erreur de remplacer le II (deuxième consulat de Constantin et Licinus en 312: *Constantino A. II et Licinio II conss*.) par III (troisième consulat de Constantin et Licinius en 313: *Constantino A. III et Licinio III conss*.). Comp., A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 328 pour laquelle l'unique constitution daterait, sous certaines réserves, du 27 décembre 313.

18 Dans le sens d'une distinction claire entre ces deux procédures, cf. A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., pp. 331-332.

19 En ce sens, F. Pergami , "*Appellatio more consultationis*" cit., p. 165.

20 *Super paucis, quae iuridica sententia decidi non possunt nostram debes consulere maiestatem*.

21 *cum litigatoribus legitimum remaneat arbitrium a sententia provocandi*.

22 Cf. *http //europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14552_fr.htm*. *Contra*: L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., pp. 303-304. Pour l'auteur, la transmission de l'ensemble des pièces impliquerait que le Prince rende désormais la sentence définitive sur l'affaire qui lui serait ainsi entièrement déférée au moyen d'un rescrit *ad consultationem*.

23 Le 3 novembre 313, Constantin reprenait encore la distinction de 312 sous l'angle de l'appel dans une constitution adressée au gouverneur de Bizacène, cf. CTh. 11.30.2: il est interdit de faire appel en cas de question préjudicielle (*praeiudicium*) ou lorsque la cause est pendante (*ante causam examinatam et determinatam*).

au Prince, juge suprême (CTh. 11.30.1)[24]. Le cas visé est précisé: il doit s'agir d'une affaire civile pour laquelle le juge a procédé à la *cognitio* des actions des deux parties et à l'issue de laquelle il a prononcé qu'il en ferait rapport au Prince. L'essentiel de la mesure Constantinienne concerne les délais de transcription de la copie de demande de consultation avant que le juge ne l'adresse au Prince qui y répondra ensuite par rescrit. Dans les dix jours du prononcé de sa décision d'en référer au Prince, le juge doit ordonner la publication dans les procès-verbaux judiciaires (*editio aput acta*) d'une copie de la demande de consultation (*exemplum consultationis*) pour que les parties puissent en prendre connaissance. Dans les cinq jours suivant l'exposé de la copie de demande de consultation, les parties peuvent, de manière similaire, exposer *aput acta* leurs suppliques de réfutation (*refutarias preces*). Alors, le juge adressera au Prince l'ensemble des actes de l'affaire en y annexant à la fois sa demande de consultation et les réfutations des parties. Le délai de cinq jours, offert aux parties, est un délai préfix (*quinque continuos*). Le délai écoulé, les parties s'exposent à une fin de non-recevoir et le juge doit adresser à l'Empereur tous les actes de l'affaire en y annexant sa seule demande de consultation.

Néanmoins, il semble que la distinction entre la procédure autonome de *consultatio ante sententiam* et la procédure d'appel n'ait pas été parfaitement comprise par Plotius Plautianus puisque Constantin doit en rappeler l'essentiel, en 315, au nouveau gouverneur de Lucania et Brittium, Rufinus Octavianus (CTh. 1.16.1): l'appel, interjeté par l'une des parties, suspend l'exécution de la sentence tandis que la décision du juge du premier degré est dévolue au juge d'appel[25].

Le 13 août 316, Constantin revient sur la procédure de la *consultatio ante sententiam* dans une constitution probablement scindée par les commissaires de Théodose II en deux fragments (CTh. 11.30.5 et CTh. 11.30.6), comme le suggèrent l'identité d'inscription et de souscription ainsi que la mention *et cetera*. Le premier fragment, CTh. 11.30.5[26], évoque très clairement la procédure de la *consultatio ante sententiam* dans les causes civiles et se présente comme le complément des dispositions antérieures, prises en 313 (*iuxta priora statuta*)[27]. L'Empereur confirme la nécessité pour le juge d'adresser l'ensemble des actes à la Cour impériale suivant l'usage en matière de formalités (*sollemnitatis more expleto*)[28]. Dans le second fragment,

24 En Occident, la mesure de Constantin sera étendue aux causes délictuelles en 368, cf. CTh. 11.29.3.

25 Datée du 3 août 315 selon Th. Mommsen, *Proleg*., p. CCXI, mais du 3 août 313 selon O. Seeck, *Regesten*, pp. 427, suivi par A. Chastagnol, *La Préfecture urbaine à Rome sous le Bas-Empire,* Paris, 1960, pp. 29 sq. La mention du quatrième consulat de Constantin et Licinius nous fait pencher pour la date de 315.

26 CTh. 11.30.5 Idem A. Petronio Probiano Suo salutem. Ex illo tempore, quo in civilibus causis, quae inter privatos moventur, consulturum vel relaturum te esse promiseris vel appellationis a te interpositae sollemnia completa fuerint, nihil posthac tibi quodlibet speciale ac requisitum vel quibuscumque modis favoris gratiam praeferens audiendum est, sed observandum, ut iuxta priora statuta sollemnitatis more expleto gesta ad comitatum omnia dirigantur. Et cetera. *Dat. id. aug. Arelato; proposita id. octob. Theveste Sabino et Rufino conss*.

27 CTh. 11.30.2 et CTh. 11.30.1.

28 Pour A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 334, ce fragment étendrait à l'appel l'application de la procédure *per consultationem*.

CTh. 11.30.6[29], Constantin traite de la procédure d'appel puis de la *consultatio ante sententiam*. Le fragment commence par une interdiction générale: il est prohibé aux parties d'adresser directement des suppliques au Prince lorsque le litige est pendant (*supplicare causa pendente*) à moins que celles-ci n'en justifient la nécessité (*supplicandi necessitas*) pour vice de procédure. Les vices de procédure visés – le défaut de transmission de la copie de l'avis du juge (*opinionis exemplum*) ou celui de l'ensemble des pièces de l'instruction (*instructionis universae transmissio*) – font présumer que le juge fait obstruction à un éventuel appel en empêchant la constitution d'un dossier en ce sens[30]. Pour cette raison, le juge, dénoncé par la supplique et à l'origine de la *supplicandi necessitas*, risque d'être poursuivi pour sacrilège[31]. En dehors de ce cas précis, il est interdit aux parties, sous peine de sanction[32], de présenter directement des suppliques au Prince pour obtenir un rescrit alors que le litige est pendant[33], l'appel ne pouvant être interjeté qu'une fois la sentence prononcée par le juge inférieur.

La seconde partie du fragment vise précisément l'interdiction pour l'une des parties, au risque d'une sanction plus grave[34], de recourir au patronage (*exquisito suffragio*) pour raviver le point de discussion (*quaestio*) qui a été réglé par rescrit ou sur demande du juge[35]. Aucune des parties ne doit faire intervenir la recommandation d'un tiers (*suffragium*) pour obtenir du Prince un privilège spécial qui remettrait en cause l'interprétation donnée au point litigieux. L'interprétation peut découler soit d'un rescrit interprétatif antérieur soit d'un rescrit en réponse à la demande du juge embarrassé par une obscurité du droit. Selon cette lecture, Constantin rappelle l'absence de validité des

29 CTh. 11.30.6 Idem A. Petronio Probiano Suo salutem. Supplicare causa pendente non licet nisi forte ei, cui opinionis exemplum negatum est vel instructionis universae subpressa transmissio. Quo facto crimen iudici sacrilegii imminebit, qui hoc commisso litigatori supplicandi necessitatem imponit: cui aliter supplicanti dimidiae partis rei de qua agitur imponenda est multa, ut pro iudicis aestimatione fisco pretium inferat. Eo etiam, qui terminatam rescripto vel consultatione quaestionem exquisito suffragio refricare conabitur, quoniam maius crimen admittit, in omnem litis aestimationem protinus condemnando et sub sacramenti observatione omni venia deneganda, si quis contra haec supplicare temptaverit. *Dat. id. aug. Arelato; proposita id. octob. Theveste Sabino et Rufino conss;* cf. F. Arcaria, *Referre ad Principem* cit., p. 169, note 31.

30 Il convient de distinguer l'*opinionis exemplum*, copie de l'opinion du juge, requise dans le cadre de la procédure d'appel et *consultationis exemplum, relationis exemplum*, copie de la demande du juge sur un point de droit controversé.; cf. F. Pergami, "*Appellatio more consultationis*" cit., p. 173 qui n'identifie pas *opinio* et *relatio*.

31 Le juge peut être reconnu comme coupable du crime de sacrilège (*crimen sacrilegii*) s'il est vérifié qu'il a intentionnellement fait obstruction à l'appel, c'est-à-dire à l'intervention du Prince en tant que juge suprême.

32 L'auteur de la supplique encourt une peine d'amende égale à la moitié du montant du litige.

33 Dans la procédure de la *consultatio ante sententiam*, il est permis aux parties de présenter des suppliques de réfutation mais par l'intermédiaire du juge duquel peut, seul, émaner le renvoi au Prince.

34 Puisqu'il s'agit alors d'un *maius crimen* passible d'une amende égale à l'entier montant du litige.

35 *Eo etiam, qui terminatam rescripto vel consultatione quaestionem exquisito suffragio refricare conabitur*. A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 336, s'appuie sur ce passage pour affirmer que la réponse du Prince prendrait désormais le caractère de sentence définitive.

rescrits *contra ius* prescrite le 29 août 315[36]. Il annonce, en même temps, la mesure qu'il prendra quelques mois plus tard: les obscurités du droit doivent s'interpréter à la lumière des rescrits interprétatifs des Princes, ayant valeur de précédents s'ils ont été obtenus avant le 3 décembre 316, et après cette date, seulement sous réserve de leur conformité aux lois publiques[37].

Est-ce à dire que la réponse du Prince contienne la sentence définitive? Selon nous, il semble que le juge reste maître du litige et que le Prince veuille éviter les demandes intempestives. En cas de *consultatio ante sententiam* la réponse du Prince ne paraît pas contenir une sentence qui se substituerait automatiquement à celle du juge. Bien entendu, sur le point de droit litigieux, objet du rescrit, le juge est lié par la réponse du Prince mais ceci ne signifie pas que la réponse du Prince ait valeur de sentence définitive et que le juge ne puisse rendre sa sentence lui-même. Le juge paraît rester libre de sa sentence, ce qui ouvre ensuite la voie de l'appel[38]. Le tribunal impérial ne se substitue pas au juge en rendant lui-même la sentence définitive[39].

Il semble que tel soit encore le cas le 7 février 318[40] (CTh. 11.29.2[41]). Le juge qui, pour mettre fin à ses doutes, en réfère au Prince doit surseoir à statuer en attendant la réponse impériale à sa demande de consultation. Mais, s'il a rendu sa sentence, le juge ne doit nullement, ensuite, faire craindre aux parties de faire appel de celle-ci par la promesse d'un rapport au Prince.

36 CTh. 1.2.2 Imp. Constantinus A. ad populum. Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. Quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent. *Pp. iv. kal. sept. Romae, Constantino A. iv. et Licinio iv. caes. coss*.

37 CTh. 1.2.3 Idem A. Septimio Basso praefecto Urbi. Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori. Quae vero postea sunt elicita, nullum robur habeant, nisi consentanea sint legibus publicis; maxime cum inter aequitatem iusque interpositam interpretationem, nobis solis et oporteat et liceat inspicere. *Dat. iii non. decemb. Sabino et Rufino conss*. (3 déc. 316).

38 Dans le cas d'une *consultatio ante sententiam*, les parties ne semblent pas pouvoir faire appel de la décision de renvoi mais elles peuvent faire appel de la sentence du juge requérant. De même, dans le cas de la supplique d'un particulier entrant dans le champ de la disposition exceptionnelle (première partie du fragment), les parties ne peuvent faire appel de la sentence du juge inférieur. Le juge inférieur risque l'incrimination de sacrilège si les vices de procédures sont vérifiés, mais il n'a pas encore rendu sa sentence et les parties pourront, ensuite, faire appel.

39 *Contra*: L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 1" cit., pp. 303-304 et note 60: à partir de CTh. 11.30.1 et 11.29.1, le Prince rendrait la sentence définitive. Pour A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 336, c'est avec CTh. 11.30.6 que la réponse du Prince prendrait le caractère de sentence définitive.

40 En faveur de 318 plutôt que 319: O. Seeck, *Regesten* cit., p. 57 suivi par A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 331 et note 23.

41 CTh. 11.29.2 Idem A. Profuturo praefecto annonae. Si quis iudicum duxerit esse referendum, nihil pronuntiet, sed magis super quo haesitandum putaverit, nostram consulat scientiam aut, si tulerit sententiam, minime postea, ne a se provocetur, relatione promissa terreat litigantes. *Dat. iiii id. feb. Sirmio Constantino A. v et Licinio c. conss*.

3. La *consultatio ante sententiam* à partir de juin 318

Constantin opère un revirement le 22 juin 318 dans une constitution adressée au vicaire Severus (CTh. 11.30.9[42]). Désormais, la réponse du Prince contient la sentence définitive[43]. Le mobile de la décision est clair: éviter que les affaires portées à la connaissance du Prince ne soient nécessairement portées en jugement une seconde fois devant le juge requérant[44]. Le tribunal impérial se substitue désormais au juge requérant pour rendre la sentence à sa place. Emanant du Prince, la sentence est définitive et sans appel[45]. Pour cette raison, le Prince doit avoir pleinement connaissance de l'ensemble de l'affaire et pouvoir mener à nouveau toute l'instruction. Les procès-verbaux judiciaires doivent ainsi renfermer toutes les pièces relatives à la phase d'instruction de l'affaire[46], y compris le contenu des récitations des parties[47].

Les rescrits *ad consultationem* obtenus avant le 3 décembre 316 continuent d'avoir valeur de précédent – les procès-verbaux judiciaires doivent inclure ceux qui ont été cités par les parties – mais en cas de doute, seul le Prince est habilité à trancher[48].

La procédure assimilable à un renvoi préjudiciel en interprétation disparaît. Si le juge en réfère au Prince, le juge requérant perd la maîtrise du litige. Le Prince, seul interprète du droit et juge suprême, est alors seul à pouvoir statuer à titre définitif[49].

42 CTh. 11.30.9 Idem A. ad Severum vicarium. Ne causas, quae in nostram venerint scientiam, rursus transferri ad iudicia necesse sit, instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus. Nam cogimur a proferenda sententia temperare, qui sanximus retractari rescripta nostra ad opiniones vel etiam relationes iudicum data non oportere, quoniam verendum est, ne lis incognito negotio dirimatur adempta copia conquerendi. Quare perennibus inuretur iudex notis, si cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint, indita actis vel subiecta non potuerint inveniri. *Dat. x kal. iul. Aquileiae Constantino A. v et Licinio c. conss*.

43 En ce sens, A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 336 n. 42; p. 338.

44 *Ne causas, quae in nostram venerint scientiam, rursus transferri ad iudicia necesse sit.*

45 *adempta copia conquerendi*. Soit le juge rend une sentence susceptible d'appel soit, embarassé par un point de droit litigieux, le juge *causa pendente* en réfère au Prince qui prononce une sentence définitive et sans appel. Le revirement de 318 ne remet pas en cause la distinction entre les procédures de la *consultatio* et de l'appel, cf. F. Pergami, "*Appellatio more consultationis*" cit., pp. 173-174. Les deux procédures distinctes peuvent conduire ensuite à une décision du Prince par rescrit comme le confirme CTh. 11.30.8.1 (29 mars 319): *appellatione vel consultatione pendente vel post decisas nostris responsionibus causas*. En ce sens, A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 336 n. 42.

46 *instructiones necessarias plene actis inseri praecipimus; ne lis incognito negotio dirimatur*.

47 *cuncta, quae litigatores instructionis probationisque causa recitaverint*.

48 Relevons que Constantin présente précisément cette nouveauté comme la conséquence logique d'une disposition antérieure interdisant de revenir sur ses rescrits en réponse aux opinions ou même aux rapports des juges: *qui sanximus retractari rescripta nostra ad opiniones vel etiam relationes iudicum data non oportere*. Pour A.-M. Demicheli, "La *relatio-consultatio*" cit., p. 338 n. 49, il s'agirait d'une référence à CTh. 11.30.6. Selon nous, il s'agit ici de l'interprétation que donne Constantin de CTh. 1.2.3: *Ubi rigorem iuris placare aut lenire specialiter exoramur, id observetur, ut rescripta ante edictum propositum impetrata suam habeant firmitatem, nec rescripto posteriore derogetur priori* les *rescripta ante edictum propositum impetrata* visaient à la fois les rescrits en réponse à une *opinio* ou à une *relatio;* il est interdit d'y revenir s'ils ont été obtenus avant le 3 décembre 316, l'interdiction incluant les rescrits de Constantin lui-même.

49 Constantin confirme cette solution le 12 juin 321 dans une constitution scindée en deux fragments: CTh 2.18.1 et CTh. 11.30.

En 398[50], Arcadius étend, pour l'Orient, le revirement de 318 à tous les rescrits *ad consultationem emissa* (CTh. 1.2.11[51]): tous perdent leur valeur de précédents, applicables, par analogie, à des cas similaires[52]; leur portée est strictement limitée à l'affaire pour laquelle ils ont été rendus et à condition que leur authenticité ait été prouvée[53]. Pour l'Occident, Valentinien III confirme, en 426, le revirement Constantinien (CJ. 1.14.2[54])[55].

Abstract

This study aims to revisit the Constantinian texts concerning rescripts *ad consultationem emissa*. Do these rescripts have the value of precedents, applicable by analogy to similar cases, as they did during the classical period? Does the prince's reply merely constitute an advisory opinion that will leave the judge in control of the case, or does it constitute the final judgment? In June 318 Constantine seems to have taken a definite decision – the judge loses control over the case as soon as he refers it to the prince; the prince, supreme authority and sole interpreter of the law, is then the only one to pass final judgment.

50 Dans le sens d'une césure en 398: L. Maggio, "Note critiche sui rescritti postclassici 2" cit., pp. 364-367; A.J.B. Sirks, *The Theodosian Code* cit., pp. 24-29; T. Honoré, *Law in the Crisis of Empire (379-455 A.D). The Theodosian Dynasty and its Quaestors*, Oxford, 1998, p. 192 et note 28; p. 211 et note 233.

51 CTh. 1.2.11. Impp. Arcadius et Honorius AA. Eutychiano praefecto praetorio. Rescripta ad consultationem emissa vel emittenda, in futurum his tantum negotiis opitulentur, quibus effusa docebuntur. Et cetera. *Dat. viii id. decemb. Constantinopoli Honorio A. iiii et Eutychiano conss*. (6 déc. 398). Les Empereurs Arcadius et Honorius Augustes à Eutychianus, préfet du prétoire. Les rescrits en réponse à consultation, émis ou à émettre, doivent, à l'avenir, assister seulement ces affaires en justice pour lesquelles il sera prouvé qu'ils ont été rendus. Etc. *Donné le 8 des ides de décembre à Constantinople, sous le consulat d'Honorius Auguste pour la 4ème fois et celui d'Eutichianus*.

52 La disposition d'Arcadius en matière de rescrits *ad consultationem* a été prise pour l'avenir (*in futurum*). La mesure concerne, de manière générale, les rescrits en réponse à la demande d'un juge émis et à émettre.

53 Le questeur oriental étant très probablement un juriste (T. Honoré, *Law in the Crisis* cit., pp. 81-92: E563), le choix des termes est significatif, or le verbe *doceo, is, ere* signifie "enseigner" mais peut aussi prendre le sens rhétorique d'"instruire l'auditoire ou le juge", de "prouver". Si l'on opte pour ce second sens, Arcadius étend la mesure de décembre 318 en y incluant les rescrits *ad consultationem* obtenus avant le 3 décembre 316 tout en y ajoutant une dimension probatoire.

54 CJ. 1.14.2 Imperatores Theodosius et Valentinianus AA. ad senatum. Quae ex relationibus vel suggestionibus iudicantium per consultationem in commune florentissimorum sacri nostri palatii procerum auditorium introducto negotio statuimus vel quibuslibet corporibus aut legatis aut provinciae vel civitati vel curiae donavimus, nec generalia iura sint, sed leges fiant his dumtaxat negotiis atque personis, pro quibus fuerint promulgata, nec ab aliquo retractentur: notam infamiae subituro eo, qui vel astute ea interpretari voluerit vel impetrato impugnare rescripto, nec habituro fructum per subreptionem eliciti: et iudices, si dissimulaverint vel ulterius litigantem audierint vel aliquid allegandum admiserint vel sub quodam ambiguitatis colore ad nos rettulerint, triginta librarum auri condemnatione plectendi sunt. *D.* viii *id. nov. Ravennae Theodosio* xii *et Valentiniano* ii *AA. conss*. (7 nov. 426).

55 Comp., T. Honoré, *Law in the Crisis* cit., p. 250 et note 25 et *supra*, note 53.

UNE *REPETITIO* DE PIERRE DE BELLEPERCHE SUR LA "LOI" *QUOD NERVA* [D. 16,3,32]

Anne Lefebvre-Teillard*

Dans l'histoire de la responsabilté civile, l'apport de l'école d'Orléans marque une étape essentielle, saluée par tous ceux qui se sont occupés de ce sujet[1]. Mais à l'exception de deux *lecturae* sur le titre *De obligationibus quae ex quasi delicto nascuntur* des Institutes [Inst. 4,5] publiées, l'une sous le nom de Pierre de Belleperche et l'autre sous le nom de Bartole, *lecturae* qui ne sont en réalité ni de l'un ni de l'autre, la plupart des textes concernant notre sujet et attribuables à l'école d'Orléans sont restés à l'état de manuscrits[2]. C'est donc souvent par l'intermédiaire des commentateurs italiens du XIVe siècle, notamment par l'intermédiaire de Cynus et Bartole, que cet apport est plus ou moins connu. Nous nous proposons ici, en l'honneur de notre collègue Laurens Winkel qui a souvent entendu parler de cette école au cours de ses études, de transcrire l'un de ces textes et non des moindres. Conservé dans le manuscrit Vatican BV Borghese 277, f° 66 ra – 67 vb, il s'agit de la *repetitio* que Pierre de Belleperche[3] a donnée sur la "loi" *Quod Nerva* au titre *Depositi vel contra* du Digeste[4]. La "loi" *Quod Nerva* a joué

1 Tel était notamment le cas de M. Talamanca dans son article *Colpa civile*, in *Enciclopedia del diritto*, t. VII, p. 526-27. Sur l'histoire de la responsabilité civile, cf. l'ouvrage fondamental d'O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le code civil de 1804*, Paris 2005.

2 Pour respecter les strictes limites qui ont été fixées, nous renvoyons sur ces différents points à notre étude et à la bibliographie qu'elle contient, *Materia de dolo et culpa. Une offensive menée par Jacques de Revigny contre la Glose*, RHD 2013, p. 371-397. Nous y avons publié plusieurs textes de Jacques de Revigny ou de ses élèves relatifs à la question qui est reprise ici par Pierre de Belleperche.

3 Elève principalement de Robert d'Harcourt, lui-même élève de Jacques de Revigny, Pierre de Belleperche a enseigné à Orléans entre 1277 et 1296. Sur lui, cf. l'étude de K. Bezemeer, *Pierre de Belleperche. Portrait of a Legal Puritan,* Franfurt am main 2005. Tous les traits caractéristiques de la personnalité intellectuelle de Pierre de Belleperche décrits par l'auteur p. 44 et s. se retrouvent dans cette *repetitio*.

4 Cette *repetitio* avait été répertoriée par E.M. Meijers, *Etudes d'histoire du droit*, publiées par les soins de R. Feenstra et H.F.W.D. Fischer, Leiden 1959, v. 3, p. 123. Elle n'a pas son pendant dans un autre manuscrit. Ce manuscrit BV Borghese 277 est une copie de copie probablement de la deuxième moitié du XIVe siècle. Il est assez fautif par endroits, en ce qui concerne en particulier les références aux textes du Corpus. Nous en transcrivons le texte en partant du microfilm conservé à l'Institut de recherche et d'histoire des textes à Paris et tel qu'il se présente dans le manuscrit avec quelques corrections entre crochets et parfois quelques hésitations signalées par (?) et une ponctuation qui n'y figure évidemment pas.

* Professeur émérite de l'Université de Paris II.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 536-545

un grand rôle dans les controverses autour des rapports entre *dolus* et *culpa* qui, sous l'impulsion de Jacques de Revigny, ont agité l'école d'Orléans durant la seconde moitié du XIIIe siècle. La *repetitio* que Pierre de Belleperche donne sur cette "loi" s'en fait largement l'écho, mais elle se fait aussi largement l'écho des idées que Jean de Blanot avait développées sur ce sujet dans un passage de son *De actionibus* publié en 1256[5]. Elle éclaire singulièrement la célèbre *repetitio* que Bartole donnera à son tour sur cette même "loi" *Quod Nerva*[6].

> Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem iis quam in suis rebus diligentiam praestabit.

C'est sur le contenu de cette "loi" que Pierre de Belleperche donne la *repetitio* suivante[7]:

> **f° 66 ra**: "Quod nerva etc. Lex ista sita est ff depositi et reputatur difficilis quia male probitur.

In lectura huius legis hoc ordine procedam: primo ponam casuum et expediam literalia, secundo signabo contraria et dissoluam, tertio veniam ad materiam huius legis; sic procedit iurisconsultus: primo ponit dictum suum, secundo ex suo dicto infert, queribatur a iurisconsulto nunquid culpa latior dolus esset? Dicit iurisconsultus quod nerva dicebat latiorem culpam dolum esse; hoc proculo displicebat sed mihi verissimum videtur et ideo si depositarius circa rem depositam, non adhibeat diligenciam quam communis modus hominum adhibet, fraude non caret nec salva fide minorem diligenciam poterit in rebus depositis adhibere quam in suis, hoc dicit.

Nota quod lata culpa dolo comparatur ut hic et supra si agri [mensor] falsum modum, l.1 [D. 11,6,1] et infra mandati, l. si fideiussor § 1 [D. 17,1,29,1] et istud est regulare. Fallit primo in dilacione iuramenti in litem propter dolum defertur iuramentum non propter culpam latam ut supra de in litem iurando l.ii et l. videamus § ult et l. in actionibus [D. 12,3,2; 4,4; 5]; secundo fallit in criminalibus ubi de pena criminali inferenda agitur ut infra ad legem corneliam de sicariis l.i et l. in lege [D. 48,8,1 et 7]; fallit infra de penis, l. si quis § qui aborcionis [D. 48,19,38,5], fallit in pena infamie inferenda si propter culpam latam infamie non sit ut inst. de suspectis tutoribus § suspectus [Inst. 1,26,6].

5 C'est pourquoi nous en publions le texte en annexe d'après le meilleur des trois manuscrits que nous avons consultés. Le traité de Jean de Blanot (ob. peu après 1281) a été édité en 1539 mais cette édition est plus difficile à trouver en France que les manuscrits restants; sur Jean de Blanot, cf. P. Arabeyre, *Blanot (de Blanasco) Jean de*, dans *Dictionnaire historique des juristes français*, P. Arabeyre, J.L. Halpérin et J. Krynen dir., Paris 2007, p. 88-89.

6 En partant de l'édition de Venise 1570, U. Agnati en a transcrit et traduit en italien le texte dans son étude *Il commento di Bartolo di Sassoferato alla "lex" Quod Nerva (D. 16,3,32). Introduzione, testi e annotazione,* Torino 2004. Tout en reconnaissant dans son introduction l'influence des *moderni* sur Bartole, l'auteur ne cite guère leurs œuvres dans les abondantes notes dont il accompagne le texte.

7 Le style du texte (avec par exemple ses nombreux etc) pourra surprendre ceux qui ne sont pas familiers de ce genre d'exercice universitaire qu'est la *repetitio*. Sur la structure des répétitions, cf. K. Bezemeer, *Les répétitions de Jacques de Revigny. Recherches sur la repetitio comme forme d'enseignement juridique et comme genre littéraire, suivies d'un inventaire de textes*, Leiden 1987, p. 61 et s.

Item quantum ad calumpniam ut supra de his qui notantur infamia, l. liberorum § notatur [D. 3,2,11,4] si nubat infra tempora luctus ignorat iura, est in lata culpa tamen non efficitur. Dico ignorare iura est lata culpa ut C. de novo iure enuciando l.ii § si quis[8], tunc ibi non infamatur in lata culpa sic, sed quia lex notatur factum illud, ideo cum non fuerit improbabili ignorancia notatur, sed ubi debet per sententiam iudicis tunc non efficitur infamis propter latam culpam. Dico istud verum est notabile cum hic non probatur sed dicit litera quod lata culpa dolus est.

Nota quod latior culpa dolus est hoc dicitur hic et hoc dicit lex magna negligencia culpa est et magna culpa dolus est ut infra de verborum significatione l. magna [D. 50,16,226] et infra(sic) indebiti [un blanc, D. 12,6?]. Secundo nota quod bona fides abesse presumitur si rebus suis salvis et res depositas amiserit si non habuit se in eum modum sicut in propriis presumitur mala fides; si ergo bona fides presumitur abesse ergo dolus adest, nam remoto uno contrarorium etc ut C. de rescindenda [venditione] l. si dolo [C. 4,44,5] et infra pro socio l.iii § ult. [D. 17,2,3,3]. Opponitur nichil [**f° 66 rb**] est illud cui est simile, sed lata culpa est similis (est) dolo ergo etc sicut supra si agri [mensor] falsum modum l.1 [D. 11,6,1] et infra ad trebellianum l.i § si quis[9] dicit glosa. Respondeo: nichil est illud qui est simile vel comparatur ut dicit azo; lex ista dicit quod est dolus, hoc est dolo comparatur, nam cum dicit quod sit dolus, nam fraude non caret qui res depositas amisit, suis salvis existentibus; secundum istam solutionem oportet facere violentiam litere, immo dicit culpam latiorem id est latam dolum esse compariri (sic = comparari) fraude id est culpa, ideo jo de mon. [Iohannes de monciaco = Jean de Monchy] ista non placet, non est recedendum a verbis legis ut supra delineavi in l. non autem [D. 4,8,28] et ideo ut litera iacet latior culpa est dolus. Respondeo est culpa lata et comparatur dolo ut supra quod metus causa in l.i § si quis [D. 4,2,1][10], est culpa latior et est dolus sic intelligit legem istam. Item probatur quia dicit latiorem culpam dolum esse cuius sententiam dicemus veriorem; qui sententiam glose vellet sustinere potest occurere propter similitudinem illud ut infra de doli exceptione l.ii (sic) § si quis autem [D. 44,4,4,29] tamen secundum quod jo. [Jean de Monchy] dicit non est recedendum a verbis legis et ideo latior culpa est dolus et lata culpa non est dolus sed dolo equiparatur, probatur quia immo dicebat culpam latiorem dolum esse, propterea probatur per legem: magna negligencia culpa est sed magna culpa dolus est, infra de verborum significatione, l. magna [D. 50,16,226] tunc est dolus verus et est dolus presumptus, verus dolus non procedit nisi ex animo, nulla negligencia dolus est nisi ex animo procedat ut inst. de obligationibus ex delicto § placuit [Inst. 4,1,7], est dolus presumptus ut non adiunctatur probatio in contrarium: si depositarius res depositas amisit, suis rebus salvis, ista est latior culpa que est dolus presumptus unde latior id est latissima est culpa et dicit azo

8 Curieuse référence que même avec le secours des différents volumes des *indices* de la collection Ius Romanum Medi Aevi, il ne m'a pas été possible d'identifier. L'affirmation selon laquelle ignorer le droit est une faute lourde est courante; elle figure à plusieurs reprises dans la Glose d'Accurse, notamment sur les mots *non iuris* dans la "loi" *Liberorum* au titre *De his qui notantur infamia* [D. 3,2,11,4], référence qui conviendrait tout à fait au propos de Belleperche.

9 Là encore, la référence est douteuse. Sur ce titre *Ad Trebellanium* c'est la "loi" *Mulier* qui est généralement citée [D. 36, 23(22)] en son § 3 *sed etenim*.

10 Il n'y a pas de § *si quis* dans la loi 1 et les § *si quis* que l'on trouve dans les textes appartenant à ce titre ne parlent pas de *culpa lata*.

C. eodem l. in summa (sic!)[11] quod lata culpa est dolus presumptus, azo credebat quod latior [sic = lata] culpa est dolus, non est verum quia prope dolum est ut infra mandati l. si fideiussor in principio [D. 17,1,29]. Opponitur secundo, dicitur hic quod bona fides abesse presumitur si res depositas amisse sint, tuis salvis, contra: primo tuas res debes salvare quam alienas et sic opponitur ar. C. de fructibus l. preses [C. 7,51?]. Respondeo: dici quod bona fides abesse presumitur si res depositas amisisti, hoc est verum ubi utrasque salvare posses, sic intelligitur hic et supra commodati l. si ut certo § quod vero senectute [D. 13,6,5,4], sed ubi non potest utrasque salvare tunc primo suas quam alienas debet salvare ut in lege, contra sum expeditus.

De secundo modo venio ad materiam huius legis et formabo VII vel VIII questiones quia dicit quod culpa latior est dolus, supponit quod plures sunt culpe, non habemus in lege. Doceo sicut infra: culpa est deviatio ab eo quod ius precipit fieri vel venit quando quedam sunt precipiencia, si precipiunt, id est unum, et deviam, in culpa sum; leges sacratissime ab omnibus debent sciri ut permissa sectentur et prohibita declinentur, ergo si deviat in culpa est sicut C. de legibus, l. leges sacratissime [C. 1,14,9]. Dico bene intelligant sed male pronunciant [**f° 66 va**], dico qui deviat ab eo quod ius precipit, in culpa est; sequitur qui deviat ab eo quod ius voluit, in culpa est. Dico sunt virtutes plures legum, ideo dico sic: culpa in genere est deviacio a legum ordinatione sive precipiat, puniat, vetiat, permittat, sic intelligo C. de legibus, l. leges [C. 1,14,3]. Secundum doctores quot sunt species culpe, in genere doctores dicunt quod tres, est lata culpa, levis et levissima, probatur: lex dicit quod a procuratore omnis culpa exigenda est ut C. mandati, l. a procuratore [C. 4,35,13]. Philosophus dicit in primo libro celi et mundi[12] quod signum « omnis » requirit tria appellata, unde non dicitur « omnis » de duobus ideo etc, propterea tutor tenetur pupillo de dolo, lata culpa et levi, ut C. arbitrium tutele, l. quis quid [= quidquid, C. 5,51,7] et C. de negociis gestis, l. tutori [C. 2,18,20], propterea in contractibus dolus venit qui gratia utriusque celebrantur, ut supra si agri falsum modum l.1 § hec actio [= Si mensor falsum modum dixerit, l1 § haec actio D. 11,6,1,1]. Item culpa idem diligentia exactissima id est levissima ut infra de regulis iuris, l. contractus § in hiis [D. 50,17,23][13] Item quod sit culpa levissima ut supra ad legem acquiliam, l. in lege [D. 9,2,44]. Doctores moderni (sic) jo[hannes] de blanasco [dicit] quod doctores male dicunt de culpa lata, levi et levissima; item est culpa latior, et hec per legem istam nerva dicit quod latior culpa dolus est, ideo quatuor sunt: latior id est latissima, et lata et levis et levissima ut hic, probatur quod sit latior de aliis per doctores probantur et differunt: prima species culpe est dolus et ex animo presumpto procedit, sed alie tres non procedunt ex animo, sed ex negligentia sic intelligit l. istam et inst. de obligationibus ex delicto § Placuit [Inst. 4,1,7] et infra de verborum significatione, l. magna [D. 50,16,226].

Que sententia est vera? vel sententia ordinariorum vel sententia jo. de blanasco, vera sit culpa [et] est omne culposum. Nunquid de dolo potest culpari, ergo dolum

11 Cette mauvaise référence à la *Summa* d'Azon sur le titre *Depositi* est une faute que l'on retrouve dans plusieurs textes antérieurs de l'école sur notre sujet, cf. notre étude citée supra note 2.

12 Il s'agit du traité *De celo et mundi* d'Aristote dont la traduction en latin existe dès les débuts du XIIIe siècle. On trouve la même idée exprimée dans les textes antérieurs de l'Ecole, mais sans cette précision.

13 A la 6e ligne dans l'édition de Krüger qui n'isole pas le §.

committere, culpa est et latior culpa est dolus. Item cui convenit diffinitio et diffinitum ita est hec culpa in genere: est deviacio a legis ordinatione, qui dolum committit deviat a legis ordinatione ideo etc. Credo quod quatuor sunt species culpe in genere: latior est hec latissima et est dolus et ex animo procedit vel presumpto; alie tres non procedunt ex animo sicut infra mandati, si fideiussor [D. 17,1,29] et infra de verborum significatione, l. magna [D. 50,16,226]; et aliquis quereret ad quid bonum est, fideiussor fideiussit in hunc modum: intercedo et promitto omne dampnum proveniens ex culpa servientis talis, si iste serviens surripuit librum dolose, petitur a fideiussore, dicit fideiussor quod non tenetur, ut supra si agri falsum modum, l.1 § hec actio [= Si mensor falsum modum dixerit, l.1 § haec actio D. 11,6,1,1], sed dolus non sit culpa tunc fideiussor bonum argumentum habet pro se, sed est dolus lata culpa et ideo videtur quod omnia dampna teneatur res resarare que provenit ratione culpe cuiscumque.

Quid est culpa latior? hoc est quid est dolus? Quidam dicunt latior culpa est si depositum dimittat extra domum et suam rem includit; culpa lata est si alienam rem dimittat in aula, sed suam propriam in camera inducat; culpa levis est si rem depositam in camera dimittat et suam in archa; culpa levissima est si alienam in archa [**f° 66 vb**] dimittat non tamen in archam firmat sed rem suam in archa ponit et firmat eam, truse sunt, non faciunt nisi ponunt exempla non diffiniunt et ideo Jo [= Jean de Blanot] dicit sic: latior culpa vel dolus est machinatio, calliditas falsa fraudulosa ad aliquem circumveniendum vel decipiendum adhibita que consistit in eo quod aliquis maiorem diligenciam in suis adhibet quam in alienis; quod dolus sit machinatio seu calliditas etc, ista prima verba probantur supra de dolo l.1 [D. 4,3,1]. Que consistit in eo etc, ista verba hic probantur, bene intellexit cum non potest semper proprie loqui, sequitur que consistit in eo quod maiorem diligenciam adhibet in suis quam in alienis, supponit quod dolus non committitur in alienis nisi per comparationem suarum rerum ad alienas immo potest ut supra de servo corrupto, l. dolo §ult. [D. 11,3,3,1] et de prescriptis verbis, l. persuasisti [= Permistiti D. 19,5,16]; quod dolus alio modo potest committi, dico bene intellexit sed dixit que consistit etc; tamen tunc procedit oppositio, sed que consistit: id est consistere potest, sic legem istam intellige ad finem, ar. inst. ad legem acquiliam § hiis autem [= de lege aquilia § his autem, Inst. 4,3,9]. Tu oppones si maiorem diligenciam apponat in sua re quam in aliena, in dolo est; contra: aliquis deposuit librum [apud me, en interligne], hic scribo in libro meo, non in libro deposito ergo in dolo sum: istud non est dicendum ut infra de regulis iuris, l. nemo [D. 50,17,151]. Videtur quid tunc ipse intelligebat bene si maiorem diligentiam adhibeat in suis quam in depositis, hoc est verum si maiorem diligentiam apponat circa ea que veniunt de natura contractus; de natura contractus non venit quod scribam in libro deposito ut supra eodem l.1 [D. 16,3,1] et ideo latior culpa que dolus est, est machinatio etc ut supra.

Quid est lata culpa? Ipse dicit sic: lata culpa est magna negligencia ex fatuitate procedens que consistit ex eo quod aliquis minorem adhibet diligenciam in re deposita secundum communem modum hominum probatur quod est magna negligencia, quia negligencia dissoluta est culpa lata, hoc dicit lex ista in medio. Item late culpe [finis] est ignorare quod omnes sciunt, tamen iustissima ignorancia sum ideo, etc ut C. de tabulariis, l. generali [C. 10,71,3] propterea preconisatur quod nullus arma deferat, sum in perigratione iustam causam ignorancie habeo, ut infra de decretis ab ordine faciendis,

l. ult. [D. 50,9,6], ergo non est bona. Intelligo quod ipse dicit sic: quod est culpa lata quam communis natura hominum desiderat, hoc est verum si sit talis qui communem intelligenciam hominum hoc scire potuit; scolaris qui studet non potest scire vel qui est in perigratione que preconisantur in civitate ista, ideo etc. Contra: aliquis se medicum faciebat cum nichil scivit, curare debuit infirmum, ignoravit cuius modi medicinam deberet dare, interfecit infirmum, videtur quod non sit in lata culpa cum communis natura hominum hoc nesciat; dico communis natura hominum eiusdem conditionis unde si se faciat medicum et ignorat quod communis natura hominum scit, in culpa lata est si ignorat illud quod illi de arte sua sciunt. Nam dicit se peritum in arte illa ut infra de regulis iuris, l. imperitia [D. 50,17, 132] et infra locato conducto, l. si quis domum § si vitulos [D. 19,2,9,5]. Dico tunc est lata culpa negligencia magna ex fatuitate procedens que [**f° 67 ra**] constitit in eo quod minorem diligenciam adhibet quam natura illorum requirit qui sunt eiusdem conditionnis et professionis nisi iustam ignoranciam habunt.

Quid est culpa levis? Jo de blanasco dicit quod est negligencia ex minorata diligencia procedens, que consistit in eo quod aliquis nunc non adhibet eandem diligenciam quam in initio adhibuit, socius socio tenetur de culpa et [in] levi culpa est si non adhibeat eandem diligenciam quam adhibuit in initio sic inst. de societate § ult [Inst. 3,25,9]. Hic non potest salvari si culpam sic committit si minorem diligenciam adhibeat modo quam ante, [sed] in XX annis iuvenis non potest ita diligens esse sicut homo senex, item decrepitus non potest ita diligens esse ideo decrepiti excusantur ut C. Qui etate se excusant, l. una [C. 10,50,1] ideo etc. ut ar. supra de conditione indebiti, l. si non sortem § si libertus [D. 12,6,26, 12] et authentica de fide instrumentorum § 1 coll VI [Nov. 73, ch. 1], debuit dicere sicut dixit bene in lata culpa ut supra visum est. Sed culpa levis est negligencia non magna ex fatuitate procedens que consistit in eo quod aliquis minorem diligenciam adhibet quam secundum communem naturam hominum dilgentiorum adhibere debuit.

Quid est culpa levissima? Levissima culpa est, dicit ipse sic, quod est defectus diligencie que reperitur in diligentissimo homine, commodotarius de culpa levissima tenetur ut supra commodati, l. si ut certo § nunc viddendum [D. 13,6,5,2] et tenetur si diligentissimus custodiverit ut inst. de obligationibus ex delicto § ac is [= sed is, Inst. 4,1, 19(17)] propterea in rebus commodatis diligenciam debet prestare quam diligentissimus prestaret et diligentissimus in suplativo gradu dicitur et ideo levissimam culpam committit; iste non est bene dictum, iura non astringunt commoditarium quod cautam diligenciam prestat quantam diligentissimus, hoc est impossibile ut infra de regulis iuris, l. impossibilium [D. 50,17,185] et ideo credo quod sufficit si committat illud quod unus de diligentioribus non committet et ideo dico quod est media diligentia ex fatuitate procedens que in eo constitit quod minorem diligenciam adhibet quam adhibet ille qui est diligentissimus, ar. supra, commodati, l. in rebus, in principio [D. 13,6,18]. Casus fortuitus non est culpa ut que non potest previdéri, ut infra pro socio, l. cum duobus § dampna [D. 17,2,52,3] et infra de administratione rerum ad civitates pertinentium, l.II § si eo [D. 50,8,2,7] non continetur sub culpa.

Quomodo cognoscam culpam levem vel levissimam? Dico omnis culpa colligitur ex defectu negligencie (sic = diligencie) per legem [qui] diligentissimus est omnia culpa caret, ergo ubi est omnem diligenciam, ponere non est culpa ut infra locati et conducti, l. si merces § qui colonum [= qui columnam, D. 19,2,25,7]. Latior culpa est qui ex

animo procedit et colligitur suis salvis existentibus, res depositas amisit ut hic et supra commodati, l. in rebus § qui vero senectute [D. 13,6,18,]. Lata culpa est si ignoret illud quod homines eiusdem professionis sciunt tunc est in lata culpa quia lata culpa consistit in eo quod minorem diligenciam adhibet quam communis natura hominum ut ibi et si quis etc. Si autem velis scire utrum quis in levi culpa sit, numquid [**f° 67 rb**] amota sit diligencia illa quam consueverunt diligenciores adhibere in illa regione, tunc culpa levis sequitur, sed quando culpa levissima reputatur in esse et potest circumscribi diligencia illa quam diligentissimi adhibent, tunc in culpa levissima est ut lex allegata in rebus [D. 18,6,18] et allegato § ac is [= sed is Inst. 4,1, 19(17)] et que sit communis diligencia in partibus istis: [diligentes] bis in anno vineas suas colunt, diligentiores colunt vineas ter in anno, diligentissimi quatuor. Aliquis qui tenet vineam meam non fodit eam bis, latam culpam committit; aliquis non fodit eam ter, tunc levem culpam committit; aliquis non fodit quater, iste est in levissima culpa. Quandoque aliquis ignorat illud quod est medium inter scienciam diligentorum si magis propre sit scienciam diligentium, tunc lata culpa est, si autem magis propre sit scienciam diligenciorum, tunc levis culpa est, ut infra de doli exceptione, [l.] apud celsum § si quis autem [D. 44,4,4,29]

Quarto restat querere: dicit lex ista si depositarius rebus suis salvis existentibus, res depositas amisit, fraude non caret. Pono: depositarius tenetur de dolo et lata culpa? Videtur quod non tenetur nisi de dolo et culpa latiori. Dicunt moderni sed (= sic) quod de lata culpa teneatur non probatur per legem, non bene dicunt de dolo tenetur qui est latior culpa, item tenetur de lata culpa que non est dolus ut C. eodem l.1 [C. 4,34,1]; pono: depono penes te rem meam, tu diligens es, est quod in partibus istis non est ita diligens, non adhibes tantam diligenciam in rebus depositis quantam in tuis, sed tantam quantam homines communiter adhibent, amissa est res, numquid teneris? videtur quod non tenetur de lata culpa etc et lata culpa est ignorare quod diligentes facerent ergo etc; videtur contra: bona fides abesse presumitur si suis salvis etc, ita est in preposito ergo etc ar. huius legis ad finem, glosa dicit quod tenetur si non adhibuit illam diligenciam quam circa suos adhibuit, ille jo de blanasco dicit contra, tenetur propter diligenciam suam si negligens esset, tenetur nisi secundum communem diligenciam, sic serviens inchoris conditionis est fatuus quam peritus, hoc est contra iura et ideo non tenetur ar. supra de noxalibus, l. non solum [D. 9,4,13], et infra quod vi aut clam, l. servius [D. 43,24,4]. Dicunt scripta[14] nos mediabimus aut potuit tantam diligenciam circa res depositas faciliter adhibere sine incommodo suo, tunc si non fecit in lata culpa est; nam debet facere illud quod sine incommodo suo potest facere, ergo alias est in culpa ut infra de aqua (sic) pluvie arcende, l.II § item varus [D. 39,3,2,5] aut non potuit istam adhibere sine incommodo et tunc non debet, sed sufficit adhibere quantam homines communiter in illa regione adhibent sic supra de noxalibus, l. non solum [D. 9,4,13] et quod vi aut clam, [l.] servius [D. 43,24,4].

Dico: glosa verum dicit ut evangelium(?): qui non custodit res depositas sicut suas in latior culpa est et latior culpa dolus est ideo teneretur ut hic ad finem; respondeo nec non tenetur [**f° 67 vo**] prestare nisi illam quam communiter diligentes adhibent in illis partibus, scire debeas iura non potuerunt taxare custodiam quam circa res suas posset possidere et ideo lex taxavit secundum quod magis eque potuit et dicit ille diligentem custodiam

14 Chez Pierre de Belleperche, le mot “Scripta” désigne les écrits de Jacques de Revigny, cf. K. Bezemer, op. cit. p. 23.

adhibet quam communiter adhibent in partibus istis, ille diligenciorem adhibet quam adhiberent diligenciores, diligentissimam adhibent quam diligentissimi, tamen si certum sit quod maiorem diligenciam posset adhiberi sicut diligentissimum, nisi adhibeat in dolo est. Aliquis mihi X promisit Rome, statim cum ibi venit solvit quando veniet licet nescit, quidam cito currunt, quidam lante; si in VII diebus possent homines illius conditionis venire, post VII dies tenetur. Pono: ipse venit ibi in tribus diebus, licet homines illius conditionis non possent ibi ire nisi in VII diebus, cum [correction en marge: tamen] statim cum ibi venit, prestabit ut infra de verborum significatione (sic) obligationibus, l. continuus § cum ita [D. 45,1,137,2]. Pono: depositarius qui orto incendio salvavit res suas proprias cum non potuit utrasque salvare, nunquid tenetur deponenti? Videtur quod sicut reputatur in dolo qui suis salvis etc. propterea tutor non est ferendus qui suas pecunias fenenuit et non pecunias pupilli ergo etc, ut infra de administratione tutorum, l. tutor secundum dignitatem, § non est [D. 26,7,13,1]. Doctores et bene dicunt aut res depositarii erant preciosores, tunc bene fecit, hoc faceret diligentissimus in rebus suis propriis, ar huius legis et infra de solutionibus, l.1 [D. 46,3,1] aut res ille proprie minus preciosiores erant quam res deposite, tunc tenetur de dolo ar. supra commodati, l. si ut certo § qui vero senectute [D. 13,6,5,4] aut res depositarii equaliter preciose sunt , tunc si suas salvavit non potest sibi imputari, oportet secundum ordinem caritatis prius illum iuvabit quam alium ar. C. de servitutibus, l. preses [C. 3,34,6]. Pono: aliquis habuit penes se res depositas duorum, cum incendium vidit utriusque res non potuit salvare alterius res salvavit, nunquid alterii tenetur actione depositi? Videtur quod sic, si non omnes salvet aliam partem unius et partem alterius ar. huius legis ideo tenetur. Breviter distinguo ut prius: aut res quas salvavit preciosiores sunt, tunc non tenetur ut infra de solutionibus, l.1 [D. 46,3,1] aut res quas omisit erant preciosiores et tunc non fecit tanquam bonus prestari, ideo illi tenetur cuius res sunt combuste ut supra commodati, l. in rebus [D. 13,6,18], aut eque preciose sunt et tunc ad hunc non tenetur actione depositi ei cuius res amisit. Iura dicunt: quociens duo in equalitate sunt coniuncti, utrique non potest auxilium impertiri, tunc locus est gratificationi si duo domini servum habent et servus non potest utrumque iuvare, tunc alterum potest iuvare ergo etc, ut infra ad sillanium, l. si quis in gravi § si cum omnes [D. 29,5,3,4] et supra de religiosis et sumptibus funerum, l. ult. [D. 11,7,46]. Pono numquid deponens cuius res amisse sunt, regressum habet in eum [qui] res salve sunt? Videtur quod sicut lex dicit si mercatores [**f° 67 vb**] piererunt merces in mari ut alie salve sunt, nunquid contribuere tenentur alii quorum merces salve sunt, lex dicit quod sic ergo etc., ut supra ad legem rodhia(ro ajouté en interligne) de iactu, l.II, § i et ii [D. 14,2,2,1 et 2] licet ista habet equitatem, tamen istam reputo equitatem in artinianam et lex dicit erubescimus quando sine lege loquimur ut aut. de triente et semisse § si consideramus [Nov. 18, ch. 5], nec est utra lex extendere ut infra soluto matrimonio, l. si vero, § de viro [D. 24,3,64,9], ratio est propter hoc: res alterius non salvate sunt magis, ideo etc, sed in lege contra, navis naufragium timebat, ibi evitat periculum propter hoc ideo non est inconveniens (in ajouté en interligne) si teneatur contribuere sic, supra ad legem rhodia de jactu, l.II § i et ii [D. 14,2,2,1 et 2], non est plus".

Annexe

Fragment du traité de Jean de Blanot sur le titre *De actionibus* des Institutes:

> ms BN latin 15411, f° 79 ra: Incipit libellus compositus per Iohanem de Blanasco burgundionem mastigonensis dyocesis super titulo Institutionum de actionibus ...

f° 80 ra [rubrica] De culpis et dolo qualiter diffiniantur:

Et specialiter in positionibus faciendis de culpis agitur cum in quibusdam actionibus veniant dolus et lata culpa tantum, in quibusdam dolus, lata culpa et levis solum, in quibusdam etiam levissimam ut ff commodati, l. si ut certo § nunc videndum [D. 13,6,5,2], ideo ad uberiorem doctrinam ut facilius possumus facere positiones, de culpis et dolo videndum est diffinitive.

Et scias quod dolus [est] fallax calliditas ad circumveniendum fallandum alterum adhibita quod in eo consistit quod in rebus suis et alienis fallaci animo non similiter conversatur; primum probatur ff de dolo l.1 § 1 [D. 4,3,1,1]. Secundum probatur ff depositi l. quod nerva [D. 16,3,32], ff commodati, l. si ut certo § quod vero senectute [D. 13,6,5,4] et ff de administratione tutorum, l. tutor secundum § 1 [D. 26,7,13,1].

Lata culpa est quedam negligentia ex fatuitate procedens quod cum similiter in suis rebus et [in] alienis conversatur et per hoc differt a dolo, in eo tamen consistit quod non ad eum modum [con]versatur quam hominum communitas exigit. Primum probatur ff de verborum significatione, l. late [D. 50,16,223]; secundum probatur ff depositi l. quod nerva [D. 16,3,32]. Lata vero culpa dolo comparatur ut ff si mensor falsum modum dixerit l.1 § hec actio [D. 11,6,1,1] et hoc dicitur non quod unum sit alterum sed [quia] regulariter ubicumque quis tenetur de dolo potest teneri de lata culpa si interveniat. Fallit istud in tribus casibus: primum(sic) in lege cornelia de sicariis ut ff ad legem corneliam de sicariis, l. lege [D. 48,8,7]; secundo fallit in infamia irroganda ubi non comparatur dolo quia propter latam culpam non sit quis infamis ubi lata culpa esset in iuris ignorantia ut supra de suspectis tutoribus § suspectus [Inst. 1,26,6] et ff de hiis qui notantur infamia l. liberorum § notatur [D. 3,2,11,4]; tercio fallit in delatione iuramenti in litem quia propter dolum solum et non propter latam culpam iuratur in litem ut ff de in litem iurando, l. in actionibus [D. 12,3,5]. Item fallit in actione familie herciscundae in qua aliquando non tenetur coheredis nisi de dolo et non de lata culpa ut notatur infra eodem § quedam sunt actionibus familie herciscundae [I.J. 4,5,28].

Levis culpa est quedam negligentia ex minorata diligencia procedens quod cum similiter versatur quis in rebus suis et in rebus alienis et sic differt a dolo et ad eum modum quam hominum natura communiter exigit et per hoc differt a lata culpa, in eo tamen est quod modo in presenti non est ita diligens sicut et in preterito erat scilicet tempore celebrati contractus respicit enim tempore retro ut supra de societate § ult. [I.J. 3,25,9]. Levissima culpa est deficere a sapientia que in hominum natura valeat reperiri quod cum similiter versetur quis in rebus suis et alienis et sic differt a dolo et ad eum modum quam hominum natura exigit et sic differt [a] lata culpa et adeo diligens est hodie secundum fuit retro et per hoc differt a levi culpa, in eo tamen consistit quod per defectum summe sapientie male se habuit, ut supra quibus modis re contrahitur obligatio § at is qui simili modo alius etc [I.J. 3,14, in § 2]. Sed quid si alius potuisset diligentius rem custoduisse ratione artificii, forte quidam medicus ita diligenter custoduisset servum

commodatum quod non periisset tenebitur ne commodotarius? videtur quod sic quia videtur in levissima culpa eo qui alius diligentior potuit reperiri, ad quod dic quod non tenetur propter hoc nisi aliter esset in culpa, quia illud quod dicitur si alius diligentior potuit reperiri sic intelligitur scilicet ratione sapientie humane per artificium non acquisite preterquam enim suscepit rem nec tanquam artifex suscepit rem sapientia vel diligencia per artificium acquisitam non tenetur prestare, ar. sumpto a contrario sensu legis ff locati, l. si quis demum § si quis[vitulos] [D. 19,2,9,5]. Casus est fatalis rei interemptio cui nullo consilio hominum resisti potest ut ff de administratione rerum ad civitates pertinentium, l.II § si eo tempore [D. 50,8,2,7] nisi visis istis preambulis loco prefatoris cuisdam ad litteram accedimus de actio nihil est quam vis.

Abstract

This contribution brings an important manuscript of the School of Orléans to the attention of legal historians. The text transcribed deals with civil liability. It is the *repetitio* that Pierre de Belleperche (ob. 1308), the last great jurist of this School, gave on the "law" *Quod Nerva* (D. 16,3,32). It specifically sheds light on the famous *repetitio* that Bartolus in turn would give on the same "law".

THE ROMANIST BEFORE THE REFORMS OF FAMILY PROPERTY LAW OF THE OLD CATALAN COMPILATION[1]

José L. Linares Pineda*

Dear Laurens, some years ago I undertook research into the strong Romanistic component of the old Compilation of special civil law of Catalonia of 21 June 1960, and studied some relevant topics such as the reception of the *SC Velleianum* and the *praesumptio Muciana*[2]. Now I need to take a break and outline a somewhat broader picture of the family property law compiled in 1960 and its recent evolution.

In this regard, the chapters of title III (*Del régimen económico conyugal*) of the first book (*De la familia*) of the Catalan Compilation (original text) provide a complete survey of the economic structure of the traditional family.

1. Chapter I (*Disposiciones generales*) regulated nuptial agreements (*capítulos matrimoniales*), a kind of economic vehicle for the rural extended family, a customary institution that does not derive from the Roman tradition.

Nuptial agreements serve, as is well known, to reflect (and where appropriate, to regulate in detail) the agreed regime of matrimonial property either based on a nuptial agreement or on the separation of property as stated by article 7: "*El régimen económico familiar de los cónyuges será el convenido en sus capitulaciones matrimoniales ... En defecto de pacto el matrimonio quedará sujeto al régimen de separación de bienes ...*". The dowry system tempered the harshness of this regime; however, the Catalan Act of

1 This article in honour of Laurens Winkel has been developed in the context of a Research Project funded by the Spanish *Ministerio de Ciencia e Innovación* ref. DER2010-17712 (subprograma JURI).

2 Linares, J.L./Carreño, R.M. *Para un inventario romanístico de la compilación de Derecho civil especial de Cataluña de 1960*, in *Index* 38 (2010) 418 ss.; Linares, J.L. *Una pieza del inventario institucional romanístico de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960 la prohibición de interceder del* senatus consultum Vellaeanum *(mediados del s. I)*, in *Libro Homenaje al Profesor Guzmán Brito* (in print) (available in *La Notaria. Revista del Colegio Notarial de Cataluña* 4 [2011-1] 2012 (nueva época) at 94 ss., online at *http //dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3936575*); and Linares, J.L. *Nota sobre la incorporación de la* praesumptio Muciana *al inventario institucional de la compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960*, en *Revista General de Derecho Romano* in *IUSTEL* 16 (2011) 1-15.

* Professor of Roman Law, University of Girona, Spain.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 546-553

30 September 1993[3] introduced reforms that modified the Compilation on patrimonial relationships between spouses, but no longer made any reference to the dowry system.

In this respect, nuptial agreements could stipulate the content of and security provided for the dowry (legal mortgage), donations *propter nuptias* and universal donations, the "*escreix*" or dotal increase by the husband, the widow's usufruct or universal usufruct, contractual succession (*heredamientos*) in its various forms, and *donationes mortis causa*.

Except in the aforesaid rural areas, nuptial agreements were already in sharp decline by the time of the enactment of the Catalan Compilation.

Before dealing with the traditional prohibition of donations between spouses (ch. III), article 11 determined in general terms that onerous acts and contracts between spouses were valid: "*... en régimen de separación de bienes serán válidos los actos y contratos que, durante el matrimonio, celebren entre sí los cónyuges a título oneroso ...*". However, the Catalan Act of 20 March 1984[4] (enacted by the legislative Decree "texto refundido" of 19 July 1984) reformed the Compilation to bring it into line with constitutional principles that followed the characteristic trend of modern family law towards contracts between spouses. In this respect the new article 11 (12) determined that spouses were allowed to enter into onerous and gratuitous contracts with each other: "*Los cónyuges podrán celebrar entre sí, durante el matrimonio, actos y contratos a título oneroso o gratuito ...*".

2. Chapter II was dedicated to donations and other marital arrangements and initiated the comprehensive regulation of the Catalan forms of *donatio ante/propter nuptias*. The general framework outlined in articles 12 and following was based on the principles of proportionality and interdependence of the economic contributions of the parties (in the form of the dowry and *donatio ante/propter nuptias*). The proportionality of their contributions will become evident when I list the so-called "paradotal institutions" below. Their interdependence is reflected in, among others, the nullity of retrodonations made by the heir or the beneficiary of the donation to the donor or his heirs, as stated by article 13: "*las retrodonaciones hechas por el heredero o donatario a favor de los heredantes o donantes o de sus herederos de los bienes comprendidos en un heredamiento o donación por causa de matrimonio otorgadas en capitulaciones matrimoniales ...*". In addition, article 16 severely limits the possibility of the revocation of such gifts.

Donations upon betrothal (not included in the matrimonial chapters, article 17 *et seq.*) followed the Roman model (*largitas sponsalicia*) while donations *propter nuptias* were the counterpart of the dowry brought by the wife: "*... se contraponían a las* donationes propter nuptias*, que constituían propiamente compensaciones realizadas por el marido a la aportación de dote por la mujer*"[5].

Article 19 dealt with the allocation of certain goods to the wife. The change of wording that followed the 1984 Reform was a reflection of the principle of legal equality between

3 Hereafter the 1993 Reform.

4 Hereafter the 1984 Reform.

5 Puig Ferriol, L./Roca Trías, E. *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña* II *Derecho familiar catalán* (Barcelona, 1979) 320.

the spouses – a rudimentary norm in modern family law. That explains the disappearance of other traditional principles (such as the prohibition of intercession or the *praesumptio Muciana*) on which the relative standing of each spouse in the marriage had been based:

> Article 19: *Son de propiedad de la mujer los vestidos y ropas de su uso personal, aunque hayan sido adquiridos con dinero del marido …* (1984 Reform: *Al consorte sobreviviente, no separado legalmente o de hecho, le corresponderá siempre la propiedad de las ropas, mobiliario y enseres que constituyan el menaje de la vivienda conyugal ...*).

3. Chapter III regulated the traditional prohibition of donations between spouses, including, in article 20, the particular regime of validation established by the *oratio Severi* of AD 206:

> *Las donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio fuera de capitulaciones matrimoniales serán nulas; pero si el cónyuge donante fallece sin haberse arrepentido de ellas o sin revocarlas quedarán retroactivamente convalidadas ... .*

In terms of the 1984 Reform, donations between spouses during marriage ("*donaciones entre cónyuges hechas durante el matrimonio fuera de capitulaciones matrimoniales* ...") are "merely revocable" (art. 21).

The *Praesumptio Muciana* had its place too, as is evidenced by article 23: "*Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido ...*".

The 1984 Reform introduced the so-called "*presunción muciana concursal*", a type of *praesumptio Muciana* in case of bankruptcy, in the following way: "*En caso de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges … los bienes adquiridos por el otro a título oneroso durante el año anterior … o desde la fecha de la retroacción, se presumirán donados por el primero …*". The focus of the rule shifts from strengthening the authority of the husband to the protection of creditors.

Highlighting the special position of women, and particularly of married women, was also the prohibition of intercession that opened the fourth book, dealing with "obligations and contracts, and prescription" of the Catalan Compilation. The reception of the regime of the *senatus consultum Velleianum*, supplemented by *auth. si qua mulier* (derived from Nov. 134.8 (a. 556), and following C. 4.29.22 (a. 530) in the old editions) was to be found in article 321 ("*la mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro ...*") and in article 322 ("*será nula de pleno derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido ...*").

With the fleeting precedent of the Catalan Act of 19 June 1934 on the legal capacity of married women and of spouses (art. 7), the 1984 Reform definitely abrogated the prohibition of intercession, finding it contrary to the principle of legal equality between the spouses.

4. Chapter IV regulated the limits of donations in case of remarriage and the "year of mourning".

Article 24 mirrored the ban of the *lex haec edictali* (Leo C. 5.9.6 (a. 472)) in the case of *secundae nuptiae* as follows:

> *el cónyuge que contrae ulteriores nupcias, teniendo hijos … de anteriores matrimonios, sólo podrá favorecer con donaciones a su consorte dentro de los límites señalados en el art. 253 (sc. bienes por un valor que no exceda del que corresponda al hijo menos favorecido)*.

When the mistrust concerning remarriage had long disappeared, the 1984 Reform abrogated these limits.

The "year of mourning" together with the allocation of the household items listed above (with reference to article 19) to the surviving spouse, was in turn a *post mortem* patrimonial effect of marriage, separate from inheritance. The wording that followed the 1984 Reform is equally permeated by the principle of legal equality between the spouses. Article 24 states the following:

> *Durante el año de luto, la viuda que no disfrute del beneficio de tenuta ni sea usufructuaria universal de la herencia del marido tendrá derecho a ser alimentada con cargo al patrimonio de éste … Este derecho es independiente de la existencia de dote, de 'escreix' o esponsalicio y de su devolución.* (1984 Reform: *Durante el año de luto el cónyuge superviviente, si no es usufructuario universal de la herencia del premuerto o si la viuda no goza del beneficio de 'tenuta', tendrá derecho a habitar toda la vivienda conyugal y a ser alimentada a cargo del patrimonio del premuerto … Este derecho será independiente de la existencia de dote, de 'aixovar', de 'escreix' o 'esponsalicio' y de 'soldada' y de su devolución*).

This reform process drastically affected the complex regulation of the Catalan dowry (even when one considers the general framework provided by articles 1336-1380 of the Spanish civil code, in force until the reform of 13 May 1981), and of the dotal privileges and the so-called "paradotal institutions" (chs. V-IX). The Catalan family code of 1998 eliminated the regulation of the dowry, the "*tenuta*", the "*aixovar*", the "*cabalatge*" and the pact of equality of wealth and income; presumably because of disuse, although the preamble to the law does not say so specifically. With residual character, the second transitional provision of this law determines the following:

> *Las dotes, las tenutas, los 'aixovars' y los 'cabalatges', los esponsalicios o 'escreixos', los tantumdem, los pactos de igualdad de bienes y ganancias y los demás derechos similares constituidos y, en su caso, que se constituyan, se rigen por las disposiciones que les son de aplicación hasta hoy, contenidas en la compilación del Derecho civil catalán.*

Until that time, the draft of the first article of Chapter V (*De la dote*), stating that the father was obliged to provide a dowry for his legitimate daughters ("*el padre está obligado a dotar, cuando se casen, a sus hijas legítimas*" significantly amended in the 1984 Reform by: "*la dote sólo se constituirá voluntariamente …*"); and the last paragraph of article 37, closing the chapter, which mentioned that the husband, in case of restitution of dowry, would enjoy the "benefice of competence" ("*el marido, en caso de restitución de la dote, disfrutará del beneficio de competencia*"), offered the scholar countless opportunities to draw parallels with the Roman dowry system (and to point out the singularities of the Catalan dowry).

Article 32, in turn, regulated a traditional privilege of the dowry: the dotal option, in terms of which, if the husband's property was seized, the wife could choose and separate out what she considered to be satisfactory, in proportion to the value of the dowry or the "*esponsalicio o escreix*", with a right to possess and administer it and to make it the object of a usufruct until the restitution of the dowry ("*... podrá elegir y separar ... los que estime convenientes, de valor proporcionado al importe de la dote y del esponsalicio o 'escreix', con derecho a poseerlos, administrarlos y hacer suyos los frutos ... hasta el momento de la restitución de la dote ...*").

Another traditional privilege, attached to the dowry and regulated in Chapter VI, was the "*tenuta*", in terms of which, according to article 38, the widow could possess the belongings of her husband, and enjoy the usufruct until the dowry has been restored and the "*esponsalicio*" or "*escreix*" has been payed ("*la viuda, mientras no se le restituya la dote y pague el esponsalicio o 'escreix', poseerá y usufructuará todos los bienes del marido ...*").

5. Chapter VII related to the treaty of the so called "paradotal" institutions. The customary roots of the "gifts in return" (of the dowry) reflect the idea of proportionality of the economic contributions mentioned above with reference to *donatio propter nuptias*.

The "*aixovar*" (bridal trousseau) was the husband's contribution in contemplation of the marriage, as defined by article 41: "*en contemplación del matrimonio ... puede aportar a su consorte bienes en concepto de 'aixovar' cuando aquélla, por razón de dicho enlace, sea instituida heredera ... El 'aixovar' produce los mismos efectos y disfruta de los mismos beneficios que la dote, salvo los de hipoteca legal, opción dotal y tenuta ...*".

The notes to a common edition of the Catalan Compilation[6] define it as a "civil dowry" paid by the husband when he enters into a marriage with a "*pubilla*" or heiress and resides in her house ("*Dote civil que aporta el marido cuando contrae matrimonio con una pubilla o heredera, pasando a vivir en casa de ésta* [*Fontanella*]").

According to article 43, the salary of the "*cabaler*", the son but not the heir of the family estate, who marries a "*pubilla*", constitutes his expected *peculium* ("*La soldada a favor del 'cabaler' que se casa con 'pubilla', acostumbrada en el llano de Urgel, la Segarra y otras comarcas, constituye un peculio crediticio del 'pubill' durante el matrimonio ...*").

The same edition explains that when the marriage is dissolved by the death of the wife, it is that portion of maintenance received by the "*cabaler*" when he married an heiress, which is due ("*Porción de alimentos que recibe el 'cabaler'; hijo no heredero del patrimonio familiar ... que se casa con heredera*[7]*... exigible normalmente a la disolución del matrimonio por muerte de la esposa*")[8].

6 In Civitas *Compilaciones del Derecho civil foral*, *vol II* (*Cataluña, Aragón, Baleares*)[4] (Madrid, 1987) 33 n. 24, ed. by Rams Albesa, J.

7 Op. cit. 33 n. 25.

8 Puig Ferriol, L./Roca Trías, E. *Fundamentos* cit. 316.

6. Chapter VIII dealt with a voluntary increase in the dowry that has echoes of the German "*Morgengabe*": the "*esponsalicio*" or "*escreix*", in which the idea of the proportionality of contributions reappears. Article 44 takes into account the personal status of the wife, by stating the following: "*El esposo, en atención a las condiciones personales de la esposa, podrá constituir a favor de ésta y en escritura pública esponsalicio o 'escreix'. Cuando la dote se constituya durante el matrimonio, no podrá el 'escreix' exceder de su importe*".

The proportionality of contributions becomes the equality of contributions in the case of the "*tantundem*", specifically described as a donation *propter nuptias* and regulated in Chapter IX, article 48: "*En el territorio del antiguo Obispado de Gerona el marido podrá prometer a la mujer donación 'propter nuptias' o 'tantundem' en una cantidad igual a la dote y como garantía de la misma*".

Upon the decline of this rich dowry system a number of remedies that had tempered the harshness of the rigid regime of separation of property also disappeared. The 1993 Reform introduced a brand new balancing mechanism to address the disadvantages that the spouse, who had performed the household chores or had selflessly worked for the other spouse, faced when such a matrimonial property regime ended: the economic compensation derived from unjustified enrichment foreseen in its article 23:

> *El cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado a la casa o haya trabajado para el otro cónyuge tendrá derecho a recibir de éste, cuando se extinga el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge.*

7. Because this Romanistic aspect ends with Chapter X, dedicated to paraphernal property, we shall not look at Chapter XI, which deals with some local community-of-property regimes also present in Catalonia, nor with the institution of "*compras con pacto de supervivencia*" of Chapter XII, but highlight the extraordinary richness of Catalonia's matrimonial property regimes.

The Romanistic echoes are apparent again in the transcription of articles 49-51, whereas the neutral language required by the principle of legal equality between the spouses is reflected in the 1984 Reform of paraphernal property. The abovementioned provisions read as follows:

> Article 49: *Son parafernales todos los bienes propios de la mujer al tiempo de celebrarse el matrimonio y los que por cualquier título adquiera después de contraído, siempre que no formen parte de la dote.*
>
> *En la duda respecto al carácter de los bienes propios de la mujer, se presumirá que son parafernales.*
>
> *La mujer tendrá el dominio, disfrute y libre administración de los bienes parafernales, pudiendo adquirirlos, enajenarlos, gravarlos, defenderlos en juicio y aceptar y repudiar herencias y legados sin licencia de su marido ...* (1984 Reform: *En régimen de separación de bienes, serán privativos todos los bienes propios de cada uno de los cónyuges en el momento de celebrarse el matrimonio y los que, por cualquier*

título adquieran después de contraído, siempre que no formen parte de la dote o de las instituciones dotales.

En caso de duda respecto al carácter de los bienes de la mujer, se presumirá que son parafernales).

Article 50: *Si los recursos propios del marido y los frutos y rentas de la dote fueran insuficientes para sostener los gastos familiares, la mujer deberá contribuir a ellos con los frutos y rentas de sus bienes parafernales ...* (1984 Reform: *Los cónyuges estarán obligados a contribuir al sostenimiento de los gastos familiares. A falta de pacto, lo harán en proporción a sus ingresos y, si estos no son suficientes, a sus patrimonios ... .*

Si hubiere dote u otros bienes afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio, sus frutos y rentas ...).

Article 51: *La mujer podrá en todo momento conferir a su marido, expresa o tácitamente, la administración de los bienes parafernales y revocar, restringir o condicionar en cualquier tiempo tal concesión ...* (1984 Reform: *Cualquiera de los cónyuges podrá en todo momento conferir al otro, expresa o tácitamente, la administración de sus bienes privativos y revocar, restringir o condicionar en cualquier momento tal concesión ...*).

This article has tried to show to the reader, unfamiliar with Catalan family law, the strong Romanistic component of the traditional law received in the 1960 Compilation. For this purpose I have used well-known reference works such as the *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña* of Puig Ferriol and Roca Trías; the volume dedicated to family law in the *Elementos de Derecho civil* of Lacruz Berdejo and Sancho Rebullida[9], with its valuable syntheses of the legal traditions of the different territories; and the *Capitulaciones y donaciones matrimoniales en el Derecho catalán* of Lalinde[10], a model for any attempt at historical interpretation of the Catalan Compilation. With regard to reference works on Roman law, to the usual list should be added the recent *Derecho privado roman*o of Antonio Fernández de Buján[11].

It is evident that the recent reforms of family property law have drastically narrowed the field of comparison between modern Catalan family law and its Romanistic tradition. For many modern civil lawyers, both scholars and legal practitioners, merely going back to the roots of the venerable Compilation of 1960 represents an historical *excursus*. One wonders whether those teaching modern family law should still relate the profound changes that were brought about in this field of private law during the second half of the last century, or whether lectures should be confined to the law currently in force. If the latter approach were followed, the student of modern civil law might think that the dowry system, the prohibition of donations between spouses and, in general, the wife's legal position were odd inventions of the Roman jurists, lacking any continuity in our civilian tradition.

A final consideration: for decades, traditional civil law in Spain was strongly influenced by our legal tradition, along with the drafting and study of the "*compilaciones forales*"

9 Barcelona, repr. 1984.

10 Barcelona, 1965.

11 Madrid, 5 ed. 2012.

(special civil law of territories such as Biscay and Alava (1959), Catalonia (1960), the Balearic Islands (1961), Galicia (1963), Aragon (1925 and 1967) and Navarre (1973)), a task that demanded a thorough acquaintance with the historical sources. With few exceptions, contemporary Romanists and legal historians, however, did not view the role of Roman law in legal education as under threat. They therefore confined their efforts to the study of our ancient sources, leaving the task of compiling the traditional civil law of those territories largely to modern civil lawyers and renowned legal practitioners. Does the current process of developing a European private law offer a similar opportunity to strengthen our position both in academe and in legal practice?

Abstract

Recent reforms have dramatically narrowed the basis of comparison between modern Catalan family law and the civilian tradition, strongly represented in the Catalan Compilation of 1960. This circumstance causes the author to reflect on the current value and purpose of our studies.

LEGGE E LIMITE NELL'EBRAISMO

Francesco Lucrezi* **

1. Diritto ebraico

La questione di un limite posto alla legge in diritto ebraico impone, preliminarmente, di considerare cosa si voglia intendere con l'espressione "diritto ebraico" e, specificamente, con la parola "legge".

Alla prima domanda si può facilmente rispondere che la locuzione menzionata fa riferimento al complesso della cultura giuridica elaborata dal popolo ebraico nel corso della sua millenaria esperienza storica, fin dalle remote epoche del nomadismo e semi-nomadismo, passando poi per le varie fasi dell'insediamento stanziale in Erez Israel, del Primo e del Secondo Tempio, e poi per le lunghe e accidentate peregrinazioni della diaspora, fino, dopo la tragedia della Shoah, alla riconquista di una moderna sovranità nazionale nella famiglia delle nazioni[1].

Un percorso storico di tale ampiezza – che copre quattro millenni e i cinque continenti –, evidentemente, potrebbe apparire difficilmente sintetizzabile attraverso categorie unitarie. Eppure, è indubbia l'esistenza di una linea di continuità, formale e sostanziale, che permette di parlare di un "diritto ebraico" come di un fenomeno storico esattamente identificabile nella sua intrinseca identità: una continuità che, evidentemente, è strettamente intrecciata a quella della religione mosaica, di cui il diritto rappresenta, geneticamente e funzionalmente, un aspetto.

Va tenuto presente che, diversamente da quanto avvenuto in altre tradizioni giuridiche – soprattutto quella romana –, quella ebraica non ha conosciuto – per lo meno, fino al XIX secolo, con la cd. *haskalah,* l'emancipazione di parte degli ebrei d'Europa e d'America[2] – la separazione tra precetto religioso e precetto civile, tanto che l'espressione *mishpàt*

1 Cfr. F. Lucrezi, *Ebraismo e Novecento. Diritti, cittadinanza, identità,* Livorno 2009, *passim.*

2 Cfr. Lucrezi, *Ebrei a Napoli,* in *Ebraismo e Novecento* cit., 21ss. e *passim.*

* Professore ordinario di Storia del diritto romano, Diritti dell'antico Oriente mediterraneo e Storia dell'Oriente mediterraneo presso l'Università di Salerno.

** Saggio elaborato nell'ambito di una ricerca interdisciplinare condotta presso il Centro Studi sui Fondamenti del diritto antico dell'Università "Suor Orsola Benincasa" di Napoli, destinato a confluire, con modifiche, in un volume collectaneo su "Legge e limite nei diritti antichi", a cura del medesimo Centro Studi. Dedicato al Professor Laurens Winkel con grande stima.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 554-570

ivrì – traduzione, alla lettera, di "diritto ebraico" – rappresenta una locuzione moderna, essendo difficilmente riscontrabile, nell'ebraico antico, un concetto analogo a quello della consueta accezione, moderna e occidentale, di diritto, proprio perché non sussiste una differenza qualitativa tra norme quali, per esempio, l'obbligo del risarcimento, o la sanzione dell'omicidio, e precetti relativi invece al culto, l'abbigliamento, l'alimentazione ecc[3].

2. Legge

La Legge, nell'ebraismo, è solo quella divina, e Dio ha parlato solo nella Torah. Non c'è Legge, pertanto, all'infuori delle *mitzvòt* (precetti): non può esistere, nella storia d'Israele, un sovrano legislatore.

E' importante sottolineare il carattere religioso di tale filo di continuità, ossia il fatto che il diritto ebraico non è scindibile dall'osservanza religiosa. Se si intendesse, infatti, con tale espressione qualsiasi elaborazione giuridica fatta dal popolo ebraico – o da parte di esso –, anche fuori o contro l'osservanza della Torah (e quindi, per esempio, anche il moderno diritto israeliano), ciò porterebbe a dilatare eccessivamente la nozione in esame, facendone in definitiva perdere i contorni distintivi.

Si può pertanto definire come diritto ebraico l'aspetto precettivo della religione ebraica, identificabile essenzialmente nella cd. *halachah* (via, strada), ossia quella parte della Torah (= insegnamento: termine ebraico, com'è noto, con cui si indicano quelli che, nella tradizione greca e cristiana, sarebbero poi diventati i primi cinque libri della Bibbia, il cd. Pentateuco) in cui Dio esprime, in modo imperativo, una coattiva regola comportamentale, e che si contrappone così alla cd. *haggadah* (= racconto), ossia quella parte, quantitativamente maggioritaria, di Scritture (anche esterne alla Torah) in cui il testo risponde a varie esigenze narrative (storiche, omiletiche, simboliche, poetiche, sapienziali ecc.), ma non a propositivi normativi.

Il diritto ebraico è quindi quello scaturente dalla *halachah,* ossia dall'insieme di norme (*mitzvòt* = precetti) formulate nei cinque libri della Torah. Esse possono essere studiate essenzialmente da tre distinti punti di vista:

(a) Antropologico: riguardo alla genesi, in un determinato contesto storico, di un dato divieto (p. es., l'obbligo della circoncisione, il tabù del sangue ecc.). Si tratta di un tipo di analisi, evidentemente, che non riguarda il ragionamento giuridico;
(b) attuativo: riguardo alla interpretazione e applicazione del precetto al giorno d'oggi. È un'analisi connessa all'attuazione concreta della norma, per la quale il diritto è studiato come attualmente vigente, ai fini della sua concreta e possibile attuazione;
(c) giuridico: riguardo all'inserimento della norma nel suo contesto storico. Un'analisi collegata alla precedente, ma da essa distinta, in quanto scevra di funzioni pratiche.

3 Cfr. A.M. Rabello, *Introduzione al diritto ebraico. Fonti, matrimonio e divorzio, bioetica,* Torino 2002, 3ss.; Id, *Diritto ebraico,* ora in Id., *Ebraismo e diritto. Studi sul diritto ebraico e gli ebrei nell'impero romano scelti e raccolti da Francesco Lucrezi,* Un. Di Salerno, Soveria Mannelli, 2009, II, 101ss.

Alla Torah, *fons fontium,* va poi affiancata la cd. Mishnah (= ripetizione, ossia il testo in cui, secondo la tradizione, tra il II e il III secolo, fu messa per iscritto la Legge orale che, insieme a quella scritta, sarebbe stata consegnata a Mosè sul monte Sinai). E fondamentale importanza, ai fini dell'intellezione del senso della *halachah,* assume il commento alla Mishnah (*ghemarà*) che sarebbe stato elaborato, tra il IV e il VI secolo, dalle Accademie rabbiniche (*yeshivòt*) di Palestina e Babilonia, poi confluito nelle due grandi raccolte del Talmùd (Palestinese e Babilonese). Ma, pur assumendo il testo talmudico altissima importanza ai fini della corretta interpretazione del senso dell'*halachah,* esso resta comunque sempre un'elaborazione umana, non di origine divina (come la Torah e la Mishnah), e pertanto oggetto di libera interpretazione e contraddizione.

Perduta, nel 70 d.C., la sovranità nazionale in Terra d'Israele, il popolo ebraico sceglie di perpetuare, nelle terre dell'esilio, la propria identità nazionale, osservando – attraverso la cosiddetta ortoprassia, ossia il rispetto minuzioso e quotidiano delle *mitzvòt*[4] –, pur nella diversità delle latitudini, delle lingue e dei costumi, una medesima Legge, quella della Torah, nuova "patria ambulante" del popolo d'Israele.

3. Diritto israeliano

Com'è noto, il progetto sionista, sfociato nella rinascita di Israele come Stato sovrano e indipendente, dotato di libere e democratiche istituzioni, ha anche significato un grande processo di rinascita giuridica, portato avanti, fin dagli inizi del XX secolo, da generazioni di giuristi ebrei che, fuggiti dalla vecchie, ostili nazioni europee, si sono impegnati – soprattutto dopo il 1948 – nel grande e comune impegno dell'elaborazione di un diritto civile israeliano, nuovo, autoctono e originale: un progetto, com'è noto, che è andato procedendo in parallelo con l'altro, grandioso compito dell'inedito processo costituente "a tappe", che ha visto la Knesset approvare, a partire dal 1958, una serie di "Leggi Fondamentali" volte a definire nel dettaglio i principi fondanti dello Stato ebraico, in armonia con le irrinunciabili linee di fondo scolpite nella Dichiarazione d'Indipendenza[5].

E' nato, e sta nascendo, così, un nuovo diritto – pregno di influenza anglosassone e, in misura minore, continentale, ma fortemente segnato di identità ebraica –, quello del moderno Israele. In esso, però, la radice ebraica non è esclusiva, né prevalente. L'idea, coltivata, per qualche tempo, negli anni a cavallo tra il XIX e il XX secolo, dai primi pionieri del sionismo, di riesumare, in Erez Israel, la biblica *halachah* come unico diritto nazionale d'Israele, fu rapidamente abbandonata, per la sua evidente inapplicabilità pratica[6], e l'edificazione del diritto civile israeliano ha preso un altro percorso, quello di una legislazione (quantunque permeata dei valori biblici di libertà, uguaglianza e

4 Cfr. Lucrezi, *Ebrei a Napoli* cit. 15ss.

5 Cfr. Lucrezi, *Sul valore giuridico della Dichiarazione d'Indipendenza di Israele,* in *Teoria del Diritto e dello Stato* 3 (2003) 525ss. = *Sulla Dichiarazione d'Indipendenza d'Israele,* in Id., *Ebraismo e Novecento* cit. 105ss.

6 Cfr. Lucrezi, *Il tempo nell'ebraismo,* in Id. (cur.), *Tempo e Torah. Riflessioni sul Giubileo ebraico,* Napoli 1999, 13ss. = *Israele e il tempo,* in Id., *Ebraismo e Novecento* cit. 167ss.

giustizia, e fortemente tributaria, soprattutto in alcuni campi – come la bioetica[7] – verso i princìpi dell'ebraismo) informata ai valori occidentali di laicità e democrazia e alle esigenze della modernità, fortemente tributaria, in quanto tale, verso le esperienze del Common Law e Civil Law.

Perciò, pur essendo il diritto dello Stato ebraico, il diritto israeliano, in quanto diritto laico di uno Stato democratico e non confessionale, non può essere definito diritto ebraico. Così come un sovrano, neanche un Parlamento può essere, sul piano halachico, legislatore.

4. Il diritto ebraico come diritto positivo

Nel panorama dei diritti antichi, il diritto ebraico occupa una posizione decisamente peculiare.

Esso, innanzitutto, può ormai dirsi definitivamente affrancato dalla presupposta appartenenza alla cosiddetta famiglia dei "diritti orientali" (per non dire della leggendaria comunità dei diritti "semiti"[8]), fra i cui componenti, come è ormai evidente, corre un grado di affinità quanto mai vago e opinabile.

Demolita la credenza in suggestive e fantasiose parentele e radici comuni[9], e al di là della valutazione del patrimonio di fonti documentali disponibili – che vede il materiale giudaico, prodotto nell'arco di millenni, in quantità largamente superiore rispetto a quello degli antichi documenti assiri, sumeri, ittiti o babilonesi a nostra disposizione – è evidente che il diritto ebraico appare un *unicum,* tra tutti i diritti antichi (e moderni), per il semplice, sorprendente dato di fatto di essere, in assoluto, l'unico diritto dell'antichità a potersi dire ancora, a tutti gli effetti, un diritto vigente, positivo: studiato e applicato in quanto tale nelle *yeshivòt* e nei *batè-din,* nelle Accademie e nei tribunali rabbinici di Tel Aviv come di Mosca, di Brooklyn come di Buenos Aires o di Roma, rispettato come "ortoprassia" cogente, condotta di vita quotidiana, da centinaia di migliaia di ebrei osservanti, in Terra di Israele e in tutte le nazioni della diaspora[10].

5. *Halachah* e *haggadah*

La Torah, come detto, non comprende solo la *halachah,* ma anche – e in misura quantitativamente prevalente – la *haggadah,* ossia quella multiforme parte di scrittura che non si presenta come normativa. Ma la Torah si considera un testo unitario, che va interpretato nel suo insieme, e nel quale scorre un senso circolare, continuo e ininterrotto, senza che alcuna cesura separi e distingua le parti narrative da quelle normative; e, ai fini dell'applicazione pratica del diritto – e della concreta realizzazione degli ideali di

7 Cfr. F. Lucrezi, F. Mancuso (curr.), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica,* Un. di Salerno, Soveria Mannelli 2010, *passim.*

8 Cfr. Lucrezi, *Storia di cose e storie di parole* (rec. a Herholt, *Antisemitismus in der Antike*), in *Index* 41 (2013) 507ss.

9 Cfr. Lucrezi, *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* I, Torino 2001, 8ss.

10 Cfr. Lucrezi, *Presentazione* di A.M. Rabello, *Ebraismo e diritto* cit. I, 5ss.

giustizia (*tzèdek*) a cui il diritto deve essere funzionale – i riferimenti alla *haggadah,* come criterio di ispirazione per un retto giudizio, sono continui ed essenziali[11], a ogni livello, dal Talmud ai commenti medioevali di Rashì e Maimonide, dai responsi dei "decisori" fino alle sentenze contemporanee dei Tribunali rabbinici.

Ci si potrebbe quindi porre la domanda se la *halachah* possa essere intesa come una forma di "limite" nella interpretazione della *haggadah,* nel senso che impedirebbe che dalla lettura del racconto biblico possa essere distillato un significato che contraddica il dettato della Legge. Se, per esempio, dal racconto della creazione si ricava una pari dignità di uomo e donna, tale insegnamento si arresterebbe di fronte al precetto divino che impone di escludere le figlie femmine dalla successione ereditaria[12]. Ma, in realtà non può dirsi che ci sia, tra *halachah* e *haggadah*, un rapporto di tipo gerarchico, risultando entrambe essenziali ai fini della determinazione della condotta umana[13]. E' vero che il senso della *haggadah* trova il suo limite nell'osservanza della *halachah*, ma anche quest'ultima trova il proprio limite nel rispetto dell'intera Torah, il cui testo – articolato nelle varie *parashòt,* lette e commentate settimanalmente, ed al quale non può essere sottratto un solo carattere – rappresenta un tutt'uno, nel quale, come "non c'è un prima e un dopo" (T.J., *Meghillah* 1.5), non c'è neanche una parte sovraordinata all'altra.

6. Il limite della tradizione

L'interpretazione della Legge è sempre libera, e la molteplicità e contraddittorietà delle varie letture della Torah è uno dei tratti distintivi del diritto ebraico, caratterizzato da grande e continua vivacità e dialettica interna.

Tale libertà interpretativa è emblematicamente espressa dal racconto della rivelazione sinaitica, dove si narra che il Signore, dopo avere consegnato a Mosè, una prima volta, le Tavole della Legge direttamente incise dalla mano divina, e dopo che esse furono spezzate da Mosè, adirato per la condotta idolatra del popolo (Esodo 32.19), le consegna, la seconda volta, senza scrittura, chiedendo che a scriverne il contenuto sia la mano del profeta (Esodo 34.27). O, ancora, da un famoso passo talmudico (T.B., *Babà Mezià* 59a-59b) che racconta che, in una disputa dottrinale tra Rabbi Eliezer e Rabbi Jehoshua, il primo chiamò le stesse forze del cielo a testimoniare che era lui a essere nel giusto; una voce celeste gli diede effettivamente ragione, ma ciò non bastò a far desistere Rabbi Jehoshua, il quale ricordò il verso del Deuteronomio (30.12) che recita *lo bahamaim hi,* "(la Torah) non è (più) in cielo", nel senso che, ormai, la Torah è stata data agli uomini, e spetta a loro, e solo a loro, intenderne il senso[14].

11 Cfr. Lucrezi, *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* II, Torino 2004, 67ss.

12 Cfr. Lucrezi, *La successione intestata in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* III, Torino 2005, 1ss.

13 Cfr. Lucrezi, *Presentazione* cit. 12s.

14 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 49s.

Se l'interpretazione è libera, i rabbini si sono a lungo impegnati a studiare i diversi princìpi secondo i quali essa dovrebbe svilupparsi, indicando, in particolare, quattro distinti livelli ermeneutici: *peshat* (senso letterale), *rèmez* (senso allegorico), *midràsh* (senso nascosto, da cercare), *sod* (senso segreto) (termini la cui sigla formerebbe la parola *pardès,* frutteto[15]).

L'accumulazione, nei secoli, di un articolato patrimonio sapienziale sul senso dei vari precetti impone, però, che si tenga conto di esso ai fini di una corretta osservanza della norma. Non è considerato lecito, a un lettore contemporaneo, interpretare il senso di un precetto prescindendo da una consolidata tradizione rabbinica (anche se, come vedremo, non si è obbligati a seguire l'opinione della maggioranza). Si può dire, pertanto, che la libertà interpretativa è tanto maggiore quanto più ci sia silenzio o molteplicità di opinioni da parte della letteratura rabbinica, mentre, in caso contrario, la tradizione funge da obiettivo limite e orientamento. Si tratta, però, di un limite imposto dalla tradizione, e non dalla Legge.

7. Il limite della lettera

Ma, se il senso della scrittura è molteplice (quantunque condizionato dalla tradizione), la fissità della lettera è diventata – soprattutto dopo la caduta del Secondo Tempio e la chiusura del Canone – definitiva. La libera interpretazione trova quindi il proprio limite nell'osservanza della lettera, che non può essere violata.

Per fare un esempio, uno dei versetti più importanti, ai fini della *kasherùt,* ossia le regole di purità alimentare, è quello (ripetuto per ben tre volte: Ex. 23.19; 34.26; Deut. 14.21) che proibisce di mangiare il capretto "cotto nel latte di sua madre". Tale divieto è stato fatto oggetto di un'interpretazione fortemente estensiva, che ha portato ad allargarne la portata fino a una assoluta incompatibilità tra l'ingestione di prodotti derivati dalla carne e dal latte, regola ancora oggi largamente seguita, in tutto il mondo, dagli ebrei osservanti, ma con significative varianti: alcuni, per esempio, ritengono che il divieto sia da applicarsi esclusivamente nell'ambito dello stesso pasto, altri fintanto che non ci si sia lavati la bocca, o fino a un'ora dall'ingestione, o tre ore ecc. La Torah non lo specifica, e le differenti usanze tra le diverse Comunità dipendono esclusivamente dalla tradizione. Tra l'altro, la lettera del precetto non pare imporre direttamente tale incompatibilità, in quanto parla esclusivamente del capretto "cotto nel latte di sua madre", per cui potrebbe anche proporsi una lettura restrittiva, volta ad ammettere di mangiare insieme carne e derivati (di capretto o di altre specie animali) e latte e derivati, purché non si tratti di carne di capretto e questa carne non sia stata cotta nel latte della stessa capra che l'ha generato. Solo quest'ultima scelta sarebbe inammissibile, in quanto contro la lettera della Torah, mentre le altre sarebbero unicamente contro un'umana tradizione, e quindi lecite, ancorché minoritarie o isolate.

15 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 44.

8. Mishnah, Talmud e Midràsh come limite alla libera interpretazione

Ci si è posto, però, più volte il problema della possibile esistenza di un'interpretazione vincolante della Torah, ossia di un limite contro un'eventuale interpretazione abusivamente estensiva.

Il testo talmudico, in particolare, incide fortemente sulla ricerca del senso della Torah, nel momento che ne proponga una precisa lettura, spesso distante da quello che doveva essere il significato originario del testo. Ciò avviene tutte le numerose volte in cui la *ghemarà*, intervenendo sul testo della Torah, ne offre una interpretazione atta a modificarne sostanzialmente il significato letterale: per esempio, laddove si precisa, nella Mishnah (*Baba Bathra* 8.2) che, in campo successorio, il padre, pur non menzionato nel libro dei Numeri, è il primo ad ereditare dal figlio premorto (il silenzio in materia della Torah è spiegato [T.B., *Baba Bathra* 108a] come un fatto meramente "scaramantico"[16]); oppure laddove il diritto del padre di dare in sposa la figlia, che appare riconosciuto nell'Esodo e nel Deuteronomio, risulta limitato dalla doppia prescrizione secondo cui, da una parte, tale potere può essere esercitato solo nei confronti della figlia minorenne (T.B., *Ketubòt* 46b) e, dall'altra, la figlia non può essere data in sposa se non sia maggiorenne (T.B., *Kiddushìn* 41a)[17]. Anche se il principio della Torah non viene formalmente contraddetto, esso viene così sostanzialmente svuotato di significato, in quanto il padre si trova nelle pratica impossibilità di consegnare la figlia in sposa. Il senso della Torah, così, viene di fatto ristretto e limitato dalla successiva interpretazione talmudica.

Oltre che nel Talmud, l'interpretazione della Torah viene proposta anche nei commenti rabbinici che sono stato raccolti nei cd. *midrashìm,* racconti di tema biblico assolventi la funzione di cercare il senso nascosto del testo (dalla radice *daràsh* = perlustrare, cercare). Essi, a seconda del loro contenuto, si dividono in *midrashìm haggadah,* dedicati, appunto alla *haggadah,* che hanno carattere omiletico e morale, e *midrashìm halachah,* volti a illustrare il significato della *halachah.* Il valore di questi ultimi è generalmente considerato di tipo normativo, e quindi vincolante[18], tale da fungere da limite all'interpretazione del testo, anche se non è sempre ritenuto obbligatorio, per la corretta applicazione di una regola halachica, fare riferimento anche all'eventuale *midràsh* ad essa dedicato (diversamente dal Talmud, che non può essere ignorato).

9. La questione dei "precetti superiori"

(a) I precetti formulati nella Torah sono molteplici. La maggioranza di essi sono attualmente desueti, in quanto riferentisi a comportamenti relativi a istituzioni (come il Tempio) o cariche (come i re o i sacerdoti) non più esistenti. Altri, pur essendo ancora formalmente imperativi, appaiono inattuali, in quanto relativi ad attitudini presenti nell'antichità (incesto, bestialità, nutrimento a base di insetti ecc.), ma praticamente scomparse nel mondo moderno. Inoltre, fra i precetti ancora

16 Cfr. Lucrezi, *La successione intestata* cit. 6ss.

17 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 8s.

18 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 45.

oggetto di concreta obbedienza (come il divieto di omicidio, di adulterio, di furto, l'obbligo di pagamento del debito, di risarcimento del danno ecc.), appare evidente una diversa gradazione della gravità della loro violazione.

Fin da tempi antichi, perciò, si è posto il problema se sia utile o ammissibile la redazione di una sintesi della *halachah,* in grado di enucleare non solo i precetti concretamente vigenti, ma anche di determinare quali possano essere considerati, tra di essi, quelli essenziali e ineludibili, ai fini dell'osservanza di una retta condotta di vita.

(b) Tale esigenza pare già sottesa alla particolare collocazione occupata, all'interno della Torah e nel contesto istituzionale del Secondo Tempo, dal Decalogo (in ebraico, *Asèret Ha-dibròt* = Le Dieci Parole), che, in quanto primo "codice" normativo, direttamente pronunciato da Dio (senza la mediazione di Mosè), assunse una posizione privilegiata, tanto da essere custodito, con le stesse Tavole della Legge, dapprima nel Tabernacolo, costruito e trasportato nel deserto, e poi nel *Sancta Sanctorum* del Tempio di Gerusalemme, insieme alle *meghillòt* (rotoli) su cui Mosè avrebbe scritto il resto della Torah[19].

Ma l'idea che alcuni precetti vengano eletti su una posizione di superiorità, e possano sintetizzare l'essenza dell'osservanza sinaitica, è stata reiteratamente contrastata, giacché tutte le leggi di Dio esprimono il suo volere, e tutte devono trovare, allo stesso modo, ascolto e obbedienza (anche quelle che, in un dato momento storico, non possano trovare pratica attuazione, ma non perciò possono essere considerate abrogate o caducate). Così, anche in ragione dell'"appropriazione", da parte cristiana, dei Dieci Comandamenti, la superiorità delle Dieci Parole, in ambito ebraico, fu messa in discussione[20].

Ancora oggi, durante la lettura delle *Asèret Ha-dibròt* nelle funzioni religiose, esiste un dissenso, in diverse Comunità, rispetto all'opportunità, da parte dei fedeli, di alzarsi in piedi: alcuni lo fanno, in segno di rispetto, altri lo ritengono sbagliato, in quanto non dovrebbe essere attribuita alle Dieci Parole una venerazione maggiore di quella riservata alla totalità delle altre *mitzvòt*[21].

Ed è stato osservato che il posto delle Dieci Parole sarebbe stato preso, in una certa misura, dallo *Shemà Israel* ("Ascolta Israele"), ossia i versi del Deuteronomio (6.4-9) che sarebbero diventati, nei secoli della diaspora, la più diffusa preghiera ebraica, da recitare, mattina e sera, ogni giorno[22].

19 Cfr. Lucrezi, *Dalle Dieci parole ai Dieci Comandamenti. Ebraismo, cristianesimo e la codificazione del diritto,* in F. Lucrezi, M. Marazzi, A. Visconti, *Fondamenti del diritto antico,* Un. "Suor Orsola Benincasa", Napoli 2013, 7ss. e in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi,* Napoli 2013, II, 492ss.; *Il procurato incendio in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* VI, Torino 2011, 63ss.

20 Cfr. S. Bahbout, *Lo Shemà,* Milano 2004; Lucrezi, *Il procurato incendio* cit. 71s.

21 Cfr. Lucrezi, *Il procurato incendio* cit. 71s.; *Dalle Dieci Parole* cit.

22 Cfr. Lucrezi, *Il procurato incendio* cit. 71ss.; *Dalle Dieci Parole* cit.

(c) Ci si è poi chiesto se tale superiorità possa essere attribuita ai cd. precetti noachidi, ossia le sette leggi universali, imperative non solo per il popolo ebraico, ma per tutto il genere umano, date da Dio già, parzialmente, ad Adamo, poi, in forma completa, a Noè e successivamente (secondo la tradizione) ribadite a Mosè sul Sinai: una positiva (I: obbligo di istituire tribunali che giudichino secondo giustizia) e sei negative (II: divieto di idolatria, III: di blasfemia, IV: di incesto e adulterio; V: di omicidio, VI: di furto, VII: di cibarsi di membra di animali ancora viventi)[23]. Tutti coloro che rispetteranno le sette leggi noachidi, chiarisce Maimonide, saranno annoverati tra i Giusti delle nazioni, e avranno parte del mondo avvenire (*Mishnè Torah, Re* 8.1.1).

In quanto obbligatorie per l'intera umanità, le leggi noachidi potrebbero essere considerate un limite alla possibilità di trasgressione delle *mitzvòt,* giacché l'obbligo di ubbidienza sarebbe ineludibile, per qualsiasi essere umano. Ma per quel che riguarda il diritto ebraico, il noachismo non rappresenta una forma di legislazione superiore, atta a fungere da Grundnorm o da limite rispetto alle altre leggi.

(d) Fu anche per contrastare i reiterati tentativi di scegliere alcuni precetti come superiori o preminenti (eliminando così ogni tentazione di "sintesi" e "sfoltimento", e scongiurando il connesso rischio di uno sbiadimento della forza imperativa delle rimanenti leggi) che Maimonide, nel XIII secolo, redasse, nel *Sefer ha-mitzvòt,* il "Libro dei precetti", un elenco di tutti comandamenti della Torah, fissandone, sulla base della tradizione talmudica, il numero in 613 (di cui 365 negativi, quanti i giorni dell'anno, e 248 positivi, quanto le ossa del corpo umano). Elenco che, a tutt'oggi, risulta largamente osservato, in tutto il mondo (pur non mancando, ancora, opinioni contrastanti riguardo all'individuazione dei precetti, e al loro numero).

10. Il limite dei precetti ineludibili

Anche se tutti i precetti hanno pari valore, però, l'osservanza di un sistema complesso di norme, qual è l'insieme delle *mitzvòt,* impone, inevitabilmente, un criterio gerarchico nell'osservanza delle diverse leggi. Come ci si deve comportare se l'osservanza di una legge impone la trasgressione di un'altra?

Ciò non è scritto nella Torah, e i saggi, fin dall'epoca talmudica, si sono impegnati in un ampio lavoro di interpretazione, volto a rendere l'ubbidienza alla Torah il più possibile compatibile con il rispetto della vita umana, il dovere di soccorso e solidarietà nei confronti del prossimo e la salvaguardia del creato. Si è chiarito, così, per esempio, che è non solo possibile, ma anche doveroso trasgredire il dovere di riposo dello *shabàt,* quando, così facendo, si possano salvare delle vite umane (nel caso, per esempio, di un

23 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 6ss.; Id., in *Moked* 1/2/11; S. Last Stone, *Legge sinaitica e legge noachide il pluralismo giuridico nel diritto ebraico,* in *Daimon* 10 (2010-11) 19ss.; M. Morselli, prefaz. a E. Benamozegh, *Il noachismo*, a cura di Id., Genova Milano 2006; G. Horowitz, *The Spirit of Jewish Law,* New York 1973, 233s.; Jackson, *Wisdom-Laws. The "Mishaptìm" of Exodus 21.1-22.16,* Oxford 2006, 263s.

medico o di un soldato che debbano fare il proprio dovere di curare i malati o di difendere i concittadini[24]) o salvaguardare la fedeltà al Signore (l libri dei Maccabei narrano di come, grazie a tale trasgressione, gli ebrei poterono avere ragione dell'oppressione seleucida).

Si è stabilito, però, che tre precetti restino, in ogni caso, inviolabili: il divieto di idolatria, di blasfemia e di adulterio ed incesto (T.B., *Jomà* 85 a, b; *Sanhedrin* 74 a)[25]. È perciò permesso, per salvare una vita umana, anche uccidere chi la metta in pericolo, qualora non esistano alternative, ma mai venerare falsi dèi, profanare il nome di Dio o praticare l'adulterio o l'incesto, tre divieti che assumono, così, il valore di limite invalicabile, anche quando ci sia in gioco la salvezza della vita umana, in quanto la loro violazione rappresenterebbe una trasgressione così irrimediabile da far apparire secondario perfino tale valore.

11. Le motivazioni dei precetti come limite interpretativo

Un problema che si è talvolta posto è quello delle apparenti motivazioni dei precetti che sembrano talora comparire nel testo mosaico, e di una loro possibile funzione come "limite" all'interpretazione delle *mitzvòt,* nel senso che i comandamenti dovrebbero necessariamente essere recepiti e attuati nella direzione esplicitata nelle loro motivazioni, che avrebbero appunto il compito di fornire una sorta di "interpretazione autentica" della *ratio* sottostante al precetto.

Va ricordato, innanzitutto, che non è frequente il caso in cui i comandamenti divini appaiono corredati di spiegazione: Dio non è tenuto a motivare la propria volontà, e quando lo fa c'è sempre uno specifico motivo. Da questo punto di vista, le *mitzvòt* possono essere divise in quattro distinte categorie:

(a) Quelle – decisamente la maggioranza – senza spiegazione, ma per le quali la ragione appare evidente: p. es., non uccidere, non rubare ecc.

(b) Quelle senza spiegazione, ma per le quali la motivazione appare opinabile, o del tutto oscura: perché non si può mangiare l'agnello bollito nell'acqua (Ex. 12.9)? perché è vietato "bollire il capretto nel latte di sua madre" (Ex. 23.19, 34.26; Deut. 14.21)? e perché non si può radere la pelle colpita da tigna (Lev. 13.33)? perché non si può seminare con due tipi diversi di semi (Lev. 19.19)? e perché è vietato cibarsi di alcuni animali? E c'è divergenza, nelle interpretazioni rabbiniche, sulla opportunità o l'ammissibilità di un'investigazione riguardo alla *ratio* di tali comandamenti, da alcuni ammessa, da altri negata.

(c) Quelle con esplicita e chiara spiegazione: p. es., il divieto per i giudici di accettare regali, perché ciò potrebbe "turbare la vista dei chiaroveggenti e falsare le parole dei giusti" (Ex. 23.8); oppure, l'obbligo di punire la fanciulla vergine, promessa ad un uomo, che si sia congiunta con un estraneo in città, e di considerarla invece innocente nel caso che il rapporto si sia consumato in campagna, in considerazione del fatto che solo nel primo caso la donna sarebbe da considerarsi consenziente (secondo una presunzione assoluta di responsabilità, perché, in caso contrario,

24 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 204s.

25 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 204.

avrebbe avuto la possibilità di invocare soccorso: Deut. 22.23)[26]; o, ancora, il 2° (Ex. 20.3-5: "non avrai altri dèi, … perché io sono un Dio geloso"), il 3° (Ex. 20.7: "Non pronuncerai invano il nome del Signore, tuo Dio, perché il Signore non lascerà impunito chi pronuncia il suo nome invano") e il 4° (Ex. 20.10-11: "il settimo giorno … tu non farai alcun lavoro, … perché in sei giorni il Signore ha fatto il cielo e la terra …, ma si è riposato il giorno settimo") dei Dieci Comandamenti (non, però, gli altri sette)[27].

(d) Quelle in cui compare una spiegazione, ma il cui significato appare, a sua volta, controverso, suscettibile di diverse, a volte contrastanti interpretazioni: è il caso, in particolare, del noto comandamento "Non ingannare né angustiare lo straniero (*gher*), poiché stranieri foste nella terra d'Egitto" (Ex. 22.20, 23.9, Lev. 19.33, Deut. 24.17-18)[28]. Se, in questo caso, il contenuto del comandamento appare chiaro, traducentesi in un divieto di trarre ingiusto profitto dalla posizione precaria occupata, nel contesto sociale, dal *gher,* obbligato a confidare sulla altrui correttezza e solidarietà, di meno immediata comprensione, invece, la sua giustificazione: che rapporto c'è tra il doloroso passato del popolo ebraico e l'attuale obbligo gravante sui discendenti dei *gherìm,* ormai liberi e affrancati? perché occorre ricordare quel tempo lontano? e che vuol dire che gli ebrei "conoscono l'animo del *gher*"? Rashi di Troyes (1040 ca.-1105), nel commentare Ex. 22.20, osserva che la spiegazione "perché foste stranieri in terra d'Egitto" va intesa nel senso che il *gher* potrebbe ricordare che anche gli ebrei discendono da "stranieri", e cita, al riguardo, il passo di un *Midràsh* sul libro dell'Esodo (*Mekhiltà* 18), che ammonisce a "non ricordare al tuo prossimo il tuo stesso difetto"[29]. Ma tale riflessione non sarebbe fondata su una considerazione umanitaria e compassionevole, ma piuttosto – secondo una corrente interpretazione – su un ragionamento di tipo utilitaristico, in quanto conoscere la sofferenza del *gher* vuol dire anche conoscere la sua possibilità di reazione: se tu lo colpisci, anche egli, un domani, potrà colpire te[30]. Solo nel successivo commento a 23.9, invece, Rashi fa esplicito riferimento a un principio di umanità: "voi conoscete l'animo dello straniero" vuol dire, infatti, che "conoscete quanto gli è penoso quando gli altri lo opprimono"[31], e non potete quindi rendervi responsabili di tale sofferenza. Successivamente, Maimonide dà, invece, una spiegazione diversa. La sollecitazione a rammentare di essere stati, a propria volta, *gherìm* in terra d'Egitto andrebbe intesa come un invito a ricordare che, quando gli ebrei soffrivano per la loro condizione di stranieri, il Signore non si dimenticò di loro. La condizione di

26 Cfr. Lucrezi, *La violenza sessuale* cit. 46ss.; Id., *"Auferes malum de Israel" (Deut. 22.22). Sulla violenza sessuale in diritto biblico*, in F. Botta, F. Lucrezi, G. Rizzelli, *Violenza sessuale e società antiche. Profili storico-giuridici*, Lecce 2003, II ed. 2011, 18ss.

27 Cfr. Lucrezi, *Il procurato incendio* cit. 63ss.; *Dalle Dieci Parole* cit.

28 Cfr. Lucrezi, *"Siete stati stranieri in terra d'Egitto" (Ex. 22.20, 23.9, Deut. 19.33),* in A. Di Stasi, L. Kalb (curr.), *La gestione dei flussi migratori tra esigenze di ordine pubblico sicurezza interna ed integrazione europea* (Atti del Convegno del Dipartimento di Diritto Pubblico e di Teoria e Storia delle Istituzioni, Un. di Salerno 24/5/2012), Napoli 2013, 1ss.

29 Rashi di Troyes, *Commento all'Esodo,* ed. it. a cura di S.J. Sierra, Genova 1988, *a.l.*

30 N. Leibowitz, *New Studies in Shemot-Exodus,* Jerusalem 1995, 383.

31 *Commento* cit., *a.l.* Cfr. Leibowitz, *l.c.*

oggettiva debolezza del *gher,* infatti, potrebbe indurre a voler approfittare di essa, pensando che non ci sia nessuno in grado di proteggerlo. Ma ciò sarebbe un errore, non conviene approfittare della debolezza del *gher,* perché Dio lo protegge, così come protesse gli ebrei in terra d'Egitto: "Ho veduto l'afflizione del mio popolo in Egitto, e ho sentito il suo grido" (Ex. 3.7)[32]. E ciò che è valso per gli ebrei, varrà per chiunque, in quanto Dio "vede tutte le oppressioni che si commettono sotto il sole, e le lacrime degli innocenti senza nessun consolatore" (Qoh. 4.1).

In realtà, le apparenti motivazioni dei precetti non vanno intese propriamente come tali, ossia come "spiegazioni" – che non sono dovute –, ma, piuttosto, come arricchimenti di senso, come nuove e distinte norme da tenere in considerazione, tanto per permettere una corretta applicazione della legge a cui paiono collegate, quanto per un altro, indipendente obiettivo. In sede processuale, per esempio, dovendo giudicare su una donazione fatta a un giudice, si potrà valutare in che misura essa perseguisse l'obiettivo di offuscare la serenità del giudizio, così come, nel caso di una presunta violenza carnale consumata in città, la circostanza del grido potrà essere tenuta in considerazione al fine dell'accertamento del fatto. Ancora, rammentare che il Signore non lascia impunita la blasfemia è un invito all'applicazione della relativa condanna, e il ricordare che riposò il settimo giorno vuol far intendere la funzione di *imitatio Dei* del riposo dello *shabàt.* Quanto al ricordo della passata condizione di stranieri in terra d'Egitto (Deut. 24.18: *zakarta,* "ricorda"), esso è un chiaro ordine a non dimenticare la propria storia e la propria origine: un obbligo di memoria, collegato, in quanto tale, a diversi altri precetti analoghi. Il comandamento impone di ricordare: sul "perché" lo si debba fare, l'interpretazione umana resta libera, come eloquentemente dimostrano le discordanti spiegazioni di Rashi e Maimoinide.

Le motivazioni dei precetti, ripetiamo, sono solo apparenti, e, in ogni caso, non costituiscono un limite all'interpretazione della Torah.

12. Il limite all'applicazione della pena capitale

Un problema molto concreto è sempre stato, fin dall'inizio della diaspora (e, in parte, già a partire dalla riduzione della Giudea a provincia romana, con le conseguenti limitazioni della giurisdizione penale ebraica [T.J., *Sanhedrìn* 1.1], abolita, secondo autorevoli teorie, durante il principato di Tiberio, questione però controversa[33]), quello della concreta applicazione delle sanzioni previste dalla Torah in caso di trasgressione dei divieti.

Mentre gli obblighi di risarcimento hanno sempre continuato a trovare esecuzione nei *batè din* dell'esilio – nella misura in cui agli ebrei venisse permesso di applicare, nelle forme della separata giurisdizione (*suis legibus uti*) o dell'arbitrato volontario, le

32 Maimonide, *Mishneh Torah, a.l.*

33 Cfr. Rabello, *"E Gesù venne in Gerusalemme ed entrò nel Tempio" (Marc. 11.11) assetto socio-giuridico di Gerusalemme e funzione istituzionale del Tempio,* in F. Amarelli, F. Lucrezi (curr.), *Il processo contro Gesù,* Napoli 1999, 39ss. = *Ebraismo e diritto* cit., I, 145ss.; Id., *La Gerusalemme che vide Gesù,* in A.M. Rabello, C. Rossetti (curr.), *Il processo a Gesù e il giudice C. Cohn,* Parma 2004, 51ss.; *Introduzione* cit. 261; F. d'Ippolito, F. Lucrezi, *Profilo storico istituzionale di diritto romano,* III ed., Napoli 2012, 334ss.

proprie leggi nelle controversie che li riguardassero[34] –, un impedimento si è frapposto all'applicazione delle sanzioni di tipo criminale, e in particolare della pena capitale, quasi sempre impedita dalle pubbliche autorità, che non ammettevano che siffatte sanzioni fossero irrogate e applicate all'infuori dei legittimi tribunali. Ma la Torah, com'è noto, appare molto severa nella determinazione delle pene, imponendo l'esecuzione capitale per una larga molteplicità di trasgressioni, molte delle quali – per esempio, in materia sessuale[35] – legate a ragioni da contestualizzare in epoche del passato.

E' andata così maturando, fin dall'inizio dell'esilio, un'interpretazione fortemente mitigatrice e "garantista", atta a conciliare la teorica persistenza della condanna capitale con la subordinazione della sua esecuzione a una serie sempre crescente di presupposti, tanto da far dire che il Tribunale che abbia irrogato, in sette anni (poi saliti a settanta), più di una sola condanna a morte sarebbe composto da giudici iniqui, e andrebbe pertanto sciolto[36]. L'impossibilità, o la mancata volontà dell'applicazione della pena ha reso così, di fatto, l'esecuzione capitale un qualcosa di meramente teorico, un semplice giudizio morale di gravità della colpa, qualificata come teoricamente meritevole di morte.

Tale interpretazione va quindi a svuotare, di fatto, la sanzione della sua effettività; ma, a sua volta, trova il proprio limite nell'osservanza della lettera. La pena capitale, pur non applicata concretamente, non può essere esplicitamente cancellata come previsione, perché ciò comporterebbe un'alterazione della lettera della Torah, e la Torah non è emendabile. La colpa non viene punita con la morte, ma resta passibile di pena di morte.

13. Il limite del divieto della pena autoapplicativa

Va anche ricordato, a questo proposito, che, come abbiamo già ricordato, un precetto fondamentale – facente parte del ristretto novero delle leggi "noachidi", e pertanto valevole per l'intero genere umano – è quello che impone di istituire legittimi tribunali e di irrogare qualsiasi sanzione soltanto attraverso di essi. Non esiste, pertanto, alcuna pena che possa essere considerata "autoapplicativa" (anche se una controversa eccezione sembra rappresentata dalla cd. *Lex de Templo Hierosolymitano,* che avrebbe permesso di sopprimere autonomamente il gentile che avesse valicato il confine del Tempio di Gerusalemme: norma che sarebbe stata accettata, secondo il racconto di Flavio Giuseppe [*B.I.* 6. 124-126], anche dai romani, nel periodo della provincia di Giudea[37]), e il diritto passa sempre attraverso il filtro di una retta giurisdizione. Un principio la cui importanza appare emblematicamente riflessa dal racconto della Genesi, dove, agli inizi della storia umana, Dio vieta qualsiasi forma di vendetta privata, escludendo la possibilità che il colpevole – in base a una forma di "sacertà"[38] – potesse essere colpito privatamente per la sua condotta ("chi ucciderà Caino, sarà punito sette volte tanto": 4.15).

34 Cfr. Lucrezi, *La successione intestata* cit. 67ss.

35 Cfr. Lucrezi, *La violenza sessuale* cit. 41ss.

36 Cfr. Lucrezi, *La violenza sessuale* cit. 117s.; Rabello, *Introduzione* cit. 261.

37 Cfr. Rabello, *La Lex de Templo Hierosolymitano sul divieto ai Gentili di penetrare nel Santuario di Jerushalaim,* in Id., *Ebraismo e diritto* cit. 39ss.

38 Cfr. d'Ippolito, Lucrezi, *Pofilo* cit. 260ss.

È evidente che, nel momento in cui la procedura rende sempre più difficile l'applicazione della pena stabilita per la trasgressione, tale divieto di pena autoapplicativa non assume rilievo solo sul piano esecutivo, ma incide direttamente sulla natura della sanzione, che viene di fatto modificata, in senso umanitario, anche sul piano sostanziale (come se, stante la immodificabilità del "codice penale", in ragione della fissità della *halachah,* il compito di aggiornamento del diritto sostanziale venisse affidato alla prassi procedurale, e alla sua continua evoluzione).

14. Maggioranze e minoranze

Un aspetto delicato e controverso dell'interpretazione e applicazione del diritto ebraico è quello connesso alla sua accettazione da parte della maggioranza della popolazione, e alla contemporanea esigenza di tutelare il diritto della minoranza.

Dovendo il diritto trovare concreta applicazione nel popolo, il maestro Rabban Shimeon ben Gamliel (padre di Rabbi Jehudà Hanassì, codificatore della Mishnah), nel II secolo d.C., stabilì il principio, riportato nel Talmud (T.B., *Avodà Zharà* 36a) e diventato regola legale, secondo cui non si può imporre a una comunità una legislazione (*ghezerà*) a cui la maggioranza non si possa uniformare. Ma, d'altra parte, la Mishnah riporta anche quelle opinioni dei maestri (*tannaìm*) che, in quanto minoritarie, non sono diventate regola legale. Il motivo di tale inclusione (ripresa anche nel Talmud, che riporta costantemente le opinioni di minoranza) è illustrato nella stessa Mishnah, laddove si spiega che, se un tribunale ritenesse valida l'opinione di minoranza, potrà sempre appoggiare su di essa la sua decisione (M., *Eduyòt* 1.5)[39].

Il diritto ebraico incontra quindi un doppio limite: quello di potere trovare accoglienza da parte della maggioranza (per cui, per esempio, non si può imporre un precetto eccessivamente severo, o irrealistico) e di non impedire mai alla minoranza, un domani, di vedere accolte le proprie ragioni (le quali, pur respinte nel presente, potranno affermarsi nel futuro, ed entrano, comunque, con pari dignità, nel dibattito giuridico). Un principio, quest'ultimo, che ha sempre dato al diritto ebraico un carattere intrinsecamente dialettico e pluralista, e che è rimasto sempre presente, fino all'età contemporanea e al moderno diritto israeliano (nel quale, per esempio, le sentenze della Corte Suprema – diversamente da quanto accade per la Corte Costituzionale italiana) – sono sempre corredate dal testo delle "dissenting opinions")[40].

15. "Fare siepe"

Un altro concetto importante nel diritto ebraico è quello della cosiddetta "siepe", ovverosia di quelle prescrizioni utili non tanto in sé stesse, ma in quanto funzionali a

39 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 26s.

40 Cfr. Lucrezi, *Laicità e libertà di culto in Italia e in Israele,* in Id., *Ebraismo e diritto* cit. 164ss.; S. Goldstein, A.M. Rabello, *L'ordinamento giudiziario,* in T. Groppi, E. Ottolenghi, A.M. Rabello (curr.), *Il sistema costituzionale dello stato d'Israele,*Torino 2006, 227ss.; T. Groppi, *La giustizia costituzionale,* in Groppi, Ottolenghi, Rabello, *Il sistema costituzionale* cit. 251ss.; F. Rescigno, *Scritti sul sistema istituzionale israeliano,* Rimini 1996, 194ss.

rafforzare l'osservanza di altri precetti, intorno ai quali esse si ergerebbero come una "siepe" ("fate siepe intorno alla Legge": Mishnah, *Avòt* 1.1[41]). Per esempio, intorno al divieto di adulterio la tradizione ha eretto una molteplice serie di altri divieti (quali il vestire, da parte della donna, in modo non decoroso, il dormire, per un uomo, sotto lo stesso letto di una donna sposata ad altri, in assenza del marito, ecc.), il cui valore non è evidentemente intrinseco, ma funzionale a non fare cadere nella tentazione di infrangere il divieto primario.

Si può valicare la siepe, pur rispettando il divieto che essa è chiamata a proteggere? Teoricamente, sì, anche se ciò comporti una trasgressione rispetto a una consolidata tradizione, a meno che la "siepe" non appaia essa stessa codificata nella *halachah,* come si può ritenere, per esempio, per l'ultimo Comandamento del Decalogo (scorporato, nella tradizione cattolica, negli ultimi due[42]), che vieta di "desiderare" donne e cose altrui, e che, pur apparendo una forma di "siepe" nei confronti del divieto di adulterio e di furto, figura come autonoma, inviolabile *mitzvà.* Ma è da dire che anche tutte le disposizioni elencate nella Mishnah per "circondare" la Torah con una "siepe" sono tradizionalmente considerate vincolanti, tanto da rappresentare anch'esse un limite invalicabile[43].

16. Il limite dell'obbedienza alle leggi dello stato

Un limite molto concreto, che ha pesantemente condizionato la vita quotidiana del popolo ebraico nei secoli della diaspora, è quello derivante dal principio *dinà demalchutà dinà,* "la legge dello stato è legge", ossia dal dovere di obbedienza alle leggi del Paese in cui l'ebreo si trova a vivere[44]. Ovviamente, le leggi di tutte le nazioni in cui ci sono stati degli insediamenti giudaici sono sempre state improntate a princìpi diversi da quelli dell'ebraismo, per cui l'ebreo osservante, dopo la distruzione del Secondo Tempio, si è trovato sempre soggetto a una doppia obbedienza, quella halachica e quella civile, dettata dalla comunità ospitante (e ciò vale anche per i cittadini religiosi del moderno Stato di Israele, il cui diritto, come abbiamo detto, non può essere definito un diritto ebraico). Cosa avviene in caso di conflitto tra i due diversi ordini normativi (per esempio, se la legge dello Stato non permetta di rispettare il riposo dello *shabàt,* o imponga di venerare gli dèi stranieri ecc.?).

L'osservanza delle *mitzvòt* non è negoziabile, ma anche il dovere di essere un cittadino fedele dello stato e rispettoso delle leggi civili (quantunque non codificato nella Torah) non può essere disatteso, cosicché si è frequentemente dato, nel corso della storia, che la possibilità o meno di coniugare i doveri di cittadinanza con l'osservanza mosaica – determinata dal carattere più o meno liberale o intollerante di un dato ordinamento – si sia presentata come concreto spartiacque riguardo alla stessa possibilità – per un singolo o, più spesso, per un'intera comunità – di continuare a vivere in un determinato luogo. E, sovente, l'imposizione forzata di norme inconciliabili con l'osservanza halachica è stata volutamente pensata e attuata con lo specifico obiettivo di spingere all'esilio le comunità

41 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 18, 26.

42 Cfr. Lucrezi, *Il procurato incendio* cit. 67ss., *Dalle Dieci Parole* cit.

43 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 26.

44 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 35, 75.

ebraiche, spesso indotte ad emigrare, in questo modo, senza neanche la necessità della formulazione di un esplicito ordine di allontanamento[45].

17. Legge e santità

La *halachah,* in quanto diretta parola divina, non ha quindi una parola sovraordinata che possa ad essa fingere da limite, ma richiede una serie di criteri interpretativi che ne rendano possibile, virtuosa e attuale l'osservanza.

E' importante, però, ricordare che l'osservanza della *halachah* non è, di per sé, sufficiente a garantire la santità. Ciò è stato ben spiegato dal commento del Nachmanide (Ramban) al verso del Levitico (19.2) che recita *kedoshì tihiu ki anì kadòsh,* "siate santi perché io sono santo"[46]. In genere, come abbiamo ricordato, i precetti della Torah non indicano una spiegazione della loro ragione, perché Dio non è tenuto a darla, e, quando essa pare invece essere fornita, assolve in realtà, come abbiamo visto, una precisa funzione, che deve essere ricercata.

Il motivo dell'apparente motivazione di Lev. 19.2, secondo il Nachmanide, consiste in un ammonimento a ricordare che non basta l'osservanza scrupolosa delle 613 *mitzvòt,* in quanto si può anche essere "*navàl birshùt ha-Torah*", malvagi col permesso della Torah. La santità scaturente dall'osservanza formale dei precetti è insufficiente, se non sorretta da uno spirito di *imitatio Dei,* di emulazione della santità del Signore.

Ciò pare riflesso anche nella nota risposta di Rabbi Hillel – confluita nel Talmud (T.B., *Shabàt* 31a) e ripresa poi nel Vangelo – secondo cui il senso complessivo della Torah sarebbe sintetizzabile nel comandamento di non fare al prossimo ciò che non vorremmo fosse fatto a noi, e tutto il resto non sarebbe altro che commento. O nel principio talmudico secondo cui bisogna andare "al di là del limite della norma" (T.B., *Berachòt* 7a), ossia non è sufficiente accontentarsi di rispettare formalmente la norma, ma occorre oltrepassarla[47]. O, ancora, nel comandamento del Deuteronomio (6.17s.) che ordina di fare tutto ciò che sia "retto e buono agli occhi del Signore", riecheggiante nell'invito dei Proverbi (2.20) a procedere "sulla via dei buoni e il sentiero dei giusti"[48].

18. Torah e bioetica

È anche in base a questi princìpi di fondo, per esempio, che la speculazione ebraica, a partire già dai primi del Novecento, ma soprattutto, in misura sempre crescente, negli ultimi anni, sta conoscendo un'importante evoluzione sul piano del rispetto dell'ambiente e degli animali non umani, attraverso un variegato movimento etico (inaugurato già da Spinoza, e poi, nei primi decenni del XX secolo, da Rav Cook, il primo grande rabbino sionista), teso a estendere i valori della Torah nel senso del superamento

45 Cfr. Lucrezi, *Cinque secoli dopo l'espulsione, il ritorno, la revoca,* in *1510-2010. Cinquecentenario dell'espulsione degli ebrei dall'Italia meridionale* (Atti del Convegno di Napoli, 22-23/11/2010, Centro di Studi Ebraici, Università "l'Orientale" di Napoli, a cura di G. Lacerenza), Napoli 2013, 131ss.

46 Ramban, commento a Lev. 19.2.

47 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 259.

48 Cfr. Rabello, *Introduzione* cit. 52.

dell'antropocentrismo e della tutela del creato (attraverso il vegetarianesimo, l'impegno per il benessere animale ecc.). Come conciliare tale visione bioetica con la Torah, che impone, per esempio, i sacrifici animali per il Tempio? Rav Cook, al riguardo, asserì che se, un domani, il Tempio venisse ricostruito, i sacrifici dovrebbero tornare in forma solo vegetale, e molti pensatori ebrei (rabbini, giuristi, scrittori, filosofi) si vedono impegnati, su questo fronte, in tutto il mondo, in un fervido e interessante lavoro di "interpretazione" creativa delle Scritture[49].

Se si volesse quindi cercare una Grundnorm sottesa alla complessiva *halachah*, essa potrebbe essere indicata proprio in tali princìpi basilari, che chiariscono come – contrariamente a quanto una visione denigratoria induca a credere – il senso dell'ebraismo, e del diritto ebraico, sia ben lontano da quello del mero rispetto letterale della Legge, e vada invece cercato nella pagina fondativa della Genesi, ove si narra, da una parte, che Dio creò l'uomo "a propria immagine e somiglianza" (1.26), e, dall'altra, che l'uomo è l'ultima creatura vivente, non la prima, a essere stata creata. Parole, queste ultime, non di *halachah,* ma *haggadah,* e pur tuttavia fortemente qualificanti il senso profondo della Legge e del diritto ebraico.

Abstract

It may be questioned whether in Hebrew law there is any "Grundnorm" or fundamental statement that overrides other laws. It is well known that, in Hebrew law, commandments come only from God, and that men and human institutions cannot create law, but can only comprehend and interpret divine will. If divine commandments are expressed only in the biblical *halachah* (i.e. the legal part of the Torah, consisting of the 613 *mitzvòt*), it is matter of debate whether there are any rules in the *halachah* that are more important than others, capable of limiting the application of other *mitzvòt.* Such a question has, for example, been asked about the Decalogue, but it has been denied emphatically that the Ten Commandments (*Asèret Hadibròt*) are above other laws. However, it is also true that only with regard to some commandments (ie, the prohibition of idolatry, blasphemy, incest and adultery) and in order to avoid transgression a Jew is obliged to sacrifice his own life. Another question is whether the *halachah* limits the interpretation of the narrative part of the Torah, namely the so-called *haggadah.* Freedom of human interpretation must be maintained, and the Torah must be considered as a whole, in which no part limits another. If there is no limit to the law, can there be a limit to human interpretation? On the one hand, it is free, but on the other this freedom cannot extend to a violation of the meaning of the law. Who may decide the limits of human interpretation? May a consolidated rabbinical tradition be considered as a limit? And do Mishnah and Talmud restrict the interpretation of the Torah? These are questions to which there is more than one answer.

49 Cfr. F. Lucrezi, F. Mancuso (curr.), *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica,* Un. di Salerno, Soveria Mannelli 2010, 517ss.; L. Quercioli Mincer, T. Zevi (curr.), *Gli animali e la sofferenza. La questione della "shechità" e i diritti dei viventi* (*La rassegna mensile di Israel* 77.1-2, gennaio-agosto 2012) *passim*; P. Lerner, A.M. Rabello, *Il divieto di macellazione rituale ("schechità kosher" e "halal"),* Trento 2010.

SUASOR LEGIS, LE VOTE DU PLEBISCITE CLAUDIEN

Blanche Magdelain*

Dans le texte de Tite Live[1], source principale sur le plébiscite Claudien, Caius Flaminius est désigné comme le *suasor* du plébiscite présenté par le tribun de la plèbe Q. Claudius, par ailleurs parfaitement inconnu.

Dans un premier temps Tite Live précise qu'au sénat, seul parmi les *patres*, Flaminius fut favorable à la proposition[2]. Passant ensuite au vote du plébiscite, Tite Live souligne l'âpre contestation suscitée par l'hostilité de la *nobilitas* (*summam contentionem*, *invidiam nobilitatem*) à l'encontre de l'intervention de Flaminius comme *suasor* (*suasori legis Flaminio*). Ce qui valut à ce dernier la faveur de la plèbe et un second consulat.

Nous avons ici la description du processus législatif tel qu'il se déroule pour le vote d'un plébiscite ou d'une loi.

Le projet de loi ici est d'abord discuté au sénat où peut déjà intervenir le *suasor*, comme d'ailleurs les *dissuasores*[3]. C'est souvent le *Princeps senatus* qui, le premier

1 Liv. 21.63.3-4: *Invisus etiam patribus ob novam legem, quam Q.Claudius tribunus plebis adversus senatum atque uno patrum adiuvante C.Flaminio tulerat ... Res per summam contentionem acta invidiam apud nobilitatem suasori legis Flaminio, favorem apud plebem alterumque inde consulatum peperit*.

2 Liv. 21.63. 3-4: *adversus senatum atque uno patrum adjuvante C.Flaminio*.

3 Quant à la règle selon laquelle le sénat doit être préalablement consulté quand il s'agit d'un plébiscite, les avis divergent, surtout sur le point de savoir s'il s'agit d'une simple consultation de courtoisie ou si l'*auctoritas senatus* est nécessaire. Selon Lily Ross Taylor (*Roman Voting Assemblies*, Ann Harbor, 1966, p. 17), la plupart des lois du début du troisième siècle av. J.-C. au milieu du deuxième siècle semblent être proposées par les tribuns avec l'autorité du sénat et souvent à la demande directe du sénat. Voir également le livre récent de D. Hiebel, *Rôles institutionnel et politique de la contio sous la république romaine (287-49)*, Paris, 2009, p. 131. Quel type d'accord? Il faut distinguer entre *l'auctoritas patrum* et l'*auctoritas senatus* s'agissant d'un plébiscite. Pour certains, l'*auctoritas patrum* est incompatible; elle se rapporte au *populus,* non à la plèbe et, d'autre part, le tribun de la plèbe n'a pas qualité pour s'adresser au sénat. Sur l'opposition entre *auctoritas* et plébiscite cf., Th. Mommsen, *Droit public Romain*, Paris, 1887, VI, 1, p. 743; VII, p. 238; A. Magdelain, *La loi à Rome. Histoire d'un concept,* Paris, 1978; *idem*, *Ius imperium auctoritas*, Paris, 1990, p. 395; M. Humbert, *La normativité des plébiscites selon la tradition annalistique*, dans *Mélanges A. Magdelain,* Paris, 1998, pp. 211-238.

* Maître de conférences honoraire à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 571-585

interrogé, s'il est favorable au projet est dit dans certains textes *suasor*. Il y a donc eu une première consultation du sénat et Flaminius a joué ici le rôle de *suasor*. Dans le cas du plébiscite, il y a certainement eu aussi des *dissuasores*. On a admis depuis longtemps que si la discussion fut vive, Flaminius ne devait pas être seul à soutenir le projet. Il ne faut pas oublier que le sénat devant lequel fut discuté ou évoqué le plébiscite était celui dont Flaminius en tant que censeur, avec son collègue Aemilius Papus, venait de faire la *lectio*.

Quelques réflexions sur le terme *suasor* sont nécessaires. Le terme appartient au vocabulaire de celui qui conseille ou éventuellement propose, plus qu'à celui qui décide. Cicéron (*Cat*. 1.5.13) oppose ainsi *iubere* à *suadere*[4].

Le substantif désigne celui qui présente des arguments en faveur d'un projet et persuade le peuple de l'adopter par son éloquence appuyée sur son *auctoritas*[5]. Cependant le mot va au-delà du simple conseil: le conseil donné vise un résultat concret, il en est de même d'ailleurs pour le terme contraire: *dissuasor*.

Le *suasor* conseille et persuade et cela suppose un échange oral. Nous sommes ici dans le cadre de l'éloquence et du discours public[6]. Et c'est dans ce cadre qu'il nous intéresse. Il désigne celui qui, par sa parole dans le cours de la procédure législative, entraine la conviction du peuple ou de la plèbe et amène la prise de décision. Le lieu privilégié où cette parole s'exerce ne peut être que la *contio*[7]. On peut penser que le

4 Cic. *Phil.* 2.11.27: *non iubeo, sed, si me consulis suadeo*. Chez E. Ernout, A. Meillet, *Dictionnaire étymologique de la langue latine,* Paris, 1967, s.v. *suadeo* et *iubeo.* Voir également, l'*Oxford Latin Dictionary*, fasc. VIII, s.v. *suadeo* et *suasor.* Dans le sens de conseiller, le terme est attesté chez Ennius.

5 Dans le langage du droit, nous avons plusieurs textes du Digeste où le terme *suasor* est utilisé: Ulp. (*11 ad edict*.) D. 4. 4.13 pr (il désigne celui qui donne un conseil à un mineur); de même Ulp. (*18 ad edict.*) D. 9.2.9.1 (où le *suasor* est celui qui, par persuasion, incite à prendre un médicament ou même du poison). Egalement Paul (*19 ad edict.)* D. 47.10.26. Dans tous ces textes, il est évident que le *suasor* a par son discours réussi à amener une prise de décision qui le rend en partie responsable du résultat obtenu.

6 Sur les dons oratoires de Caius Flaminius: Cic. *Brut.* 55.77. Il souligne que dans les assemblées populaires, "il avait de l'action par sa parole" (*ad populum valuisse dicendo*) et il est placé par Cicéron parmi les grands orateurs dignes de mémoire comme Caton, Varron, Quintus Maximus, Quintus Metellus Publius Lentulus et Publius Crassus. Cette aptitude à convaincre dans les assemblées populaires est particulièrement reconnue à Caton, *suasor* et *dissuasor* de plusieurs lois, dont les *Orationes* étaient assez importantes pour qu'il les ait lui-même conservées. Cicéron avait eu ainsi accès à plus de 150 de celles-ci. Sur les 82 dont nous sont parvenues des traces concrètes, la moitié (41) se réfère à des *suasione*s ou *dissuasiones* de lois. Un des exemples le plus connu concerne la loi Voconia. Cf., Cic. *Sen*. 14: *Ille ... legem Voconiam magna voce et bonis lateribus suasi*; Liv. *Per*. 41: *Q. Voconius Saxa tr. pleb*. *Legem tulit ne quis mulierem heredem, suasit legem M.Cato, exstat oratio eius.* Toujours à propos de cette loi: Gell. 6.13.3; Fest. p. 356. 23L. De même, on retrouve l'intervention de Caton comme *suasor* à propos de la loi du tribun de la plèbe Lucius Scribonius Libo contre Galba (Cic. *Brut.* 89; Liv. *Per*. 49: *M.Cato accerime suasit exstat orationem in annalibus ipsius inclusa*).

7 Sur le rôle des discours devant le peuple "*pro contione*", se reporter à Liv. 45.21.6-7: "Ces interventions avaient pour résultat que ceux qui n'avaient pas l'intention de rejeter la loi, lui reconnaissaient par la discussion des vices qui les faisaient changer d'avis, et ceux qui au contraire étaient venus combattre la loi se rendaient aux raisons de ceux qui avaient parlé pour elle" (*victi auctoritatibus suadentium legem*). Cicéron aussi insiste sur la nécessité de convaincre le peuple, *Leg*. 3.4.11; de même Quint. *Inst*. 2.4.33: *moris fuit de suadere et dissuadere pro contione*.

suasor est parfois le véritable inspirateur de la loi, ce serait ici le cas de Flaminius, véritable auteur de la loi présentée par le tribun et en définitive son unique bénéficiaire.

Sur ce point, une brève étude de certains passages où Tite Live utilise le terme *suasor* peut nous éclairer sur la collaboration entre le *rogator*, celui qui propose le projet de loi, et le *suasor,* celui qui le défend.

Tite Live utilise le terme *suasor* au nominatif soit dans le sens général de "conseiller"[8], soit dans un sens plus précis lié à la technique législative: le terme *suasor* désigne alors celui qui parle[9] en faveur d'une proposition de loi et s'efforce de la faire adopter.

Une des références de Tite Live (10.7.2) concerne l'accès aux sacerdoces des plébéiens: pontificat et augurat, en 300 av. J.-C. Le *suasor* legis est Publius Decius Mus (il a été censeur en 304). Il s'oppose dans des débats animés à Appius Claudius. Il s'agit ici d'une loi tribute ou d'un plébiscite porté par Q. et CN. Olgunius. Les débats ont lieu *pro contione* pendant le *trinnundinum* précédant le vote de la loi. Publius Decius Mus évoqua dramatiquement son père portant la toge avec le *Cinctus Gabinus* lorsqu'il avait fait *devotio* pour le peuple romain et tel qu'il avait été vu par beaucoup de ceux qui assistaient à la *contio*. Il termina son discours par cette formule: *Ego hanc legem quod bonum faustum felixque sit vobis ac rei publicae, uti rogas censeo*.

L'intervention du *suasor*, si elle est déterminante, lui permet de tirer profit de la réussite de la proposition. C'est par exemple le cas ici pour Publius Decius Mus, qui est aussitôt créé pontife.

Un autre texte de Tite Live est particulièrement révélateur du rôle du *suasor legis*[10]. En 216 av. J.-C., le tribun Metilius propose une loi accordant au maître de cavalerie Minucius, qui a les faveurs de la plèbe, un pouvoir égal à celui du dictateur Marcus Fabius Maximus (*de aequendo magistri equitum ad dictatoris*). Un an après Trasimène, le projet de loi suscitât les plus âpres débats d'autant que la *rogatio* faisait figure de précédent (*quod nulla memoria habeat annalium*). Fabius, après plusieurs discours comme *dissuasor* au sénat contre cette proposition de loi (Liv. 22.25.16), préféra quitter Rome la veille de l'assemblée. Il renonça ainsi à prendre la parole *pro contione* où il

8 Liv. 32.21.3; 33.2.5. Dans un contexte de relations internationales, dans le premier cas le préteur de la ligue Achéenne convoque les magistrats Achéens au conseil pour donner leur avis sur l'alliance sollicitée par Rome contre Philippe. De leurs côtés, les envoyés romains essayent de convaincre "*suaserint*" de l'utilité de l'alliance. Dans le deuxième passage, on retrouve le même sens. L'émissaire romain auprès de Philippe essaye de convaincre le roi d'envoyer une ambassade à Rome. Dans ces deux cas, les discours politiques ont pour but d'amener des décisions importantes. A noter que dans ce texte, le terme *suasor* est associé à l'*auctoritas* du conseiller, ce qui donne au conseil un poids particulier. Tite Live (39.10.3) dans l'affaire des Bacchanales: Hipsalia Fecenia s'élève contre "ceux qui ont donné le conseil de se faire initier aux mystères des Bacchanales" avec les conséquences désastreuses qui s'eu suivirent.

9 Par exemple quatre textes de Liv.: 6.36.7; 10.9.2; 21.63.4; 22.25.18. Mis à part les deux premiers textes, les deux autres sont liés à la période des guerres puniques et mettent en évidence, dans le contexte législatif, l'influence de personnages qui soutiennent des projets de loi dont on peut se demander s'ils n'en sont pas également les promoteurs Ils se tiennent en retrait pour que la loi porte le nom de celui qui la propose officiellement, souvent parce qu'ils ne peuvent eux-mêmes la proposer directement, faute d'avoir à ce moment précis le *ius agendi cum populo*. Ce serait notamment le cas des censeurs. Un bref examen de ces textes permet de renforcer cette conviction qui peut s'appuyer aussi sur les exemples donnés par Cicéron: *Brut*. 296 dans un discours en faveur de la loi *Servilia*; *Brut*. 89; *Agr*. 2.101; *Sen*.: le cas de Caton à propos de la *lex Voconia* (*magna voce … susissem*).

10 Liv. 22.25.18.

n'était pas populaire. Tite Live désigne comme *suasor legis* C. Terentius Varro, préteur de l'année précédente[11], qui visait le consulat. En exploitant la haine contre le dictateur, *invidia*, il assura le vote de la loi (*rogatio est latta)* et il en recueillit tout le profit. Il moissonna toute la popularité du plébiscite (comme Flaminius pour la *lex Claudia*), avec comme récompense le consulat.

Nous avons le même schéma législatif dans un autre texte de Tite Live[12], sur la proposition de loi mettant en cause les Scipions à la mort de l'Africain, sur l'argent d'Antiochus. Lucius Scipio parle contre la proposition comme *dissuasor* (*dissuasor processit)*, tandis que Marcus Cato "*suasit rogationem*"[13]. Par son influence il oblige les tribuns à retirer leurs vetos et les tribus votent la *rogatio*.

Dans ce processus législatif, on voit que le *rogator* d'une loi n'agit pas seul. On trouve dans le vocabulaire législatif toute une série de termes assez voisins qui témoignent d'une collaboration dans l'élaboration du projet de loi et ensuite dans la procédure pour le faire adopter. Les termes employés soulignent cette collaboration. Ainsi on voit intervenir l'*auctor* et le *suasor* à côté du *rogator*.

L'*auctor,* parfois qualifié de *privatus,* inspire le projet. Il peut se confondre ensuite avec le *suasor* qui intervient en public pour défendre le projet et dont la marque est l'éloquence au service de l'*auctoritas*. C'est lui qui appuie ainsi le *rogator*, un collègue parfois plus jeune[14]. Souplesse du vocabulaire, l'*auctor* est employé pour désigner l'instigateur du projet, il devient ensuite le *suasor* pour l'appuyer de son *auctoritas*.

En revanche, Cicéron souligne l'opposition entre *rogator* et *suasor*[15]. Le *suasor* conseille, le *rogator* demande.

Venons-en maintenant au plébiscite Claudien et au rôle de Caius Flaminius. Nous retrouvons le même schéma législatif. Le tribun de la plèbe, *rogator*, propose son plébiscite dans une atmosphère de grande contestation[16]. Celui-ci est probablement discuté au sénat où il est défendu par Caius Flaminius[17]. Le tribun, malgré l'opposition de la majorité du sénat, porte ensuite sa loi devant le peuple.

11 Liv. 22.25.18: *unus inventus est suasor legis.*

12 Liv. 38.54. Tite Live donne les termes mêmes de la *rogatio velitis iubeatis Quirites quae pecunia capta oblata coacta ab rege Antiocho et quippe sub Imperio eius fecerunt quod eius in publicum relatum non est de ea re S.Sulpicius praetor urbanus ad senatum referat ... .*

13 Il subsiste des fragments de son *oratio.*

14 Cic. *Off.* 3.109: *suasor et auctor fuit*. Il s'agit là du consul Spurius Postumus *suasor* et *auctor* de la reddition des fourches Caudines; plus proche de notre propos: Liv. 6.36.7 (Fabius, beau-père de Stolon qualifié d'"*auctor et suasor*" des lois présentées par les tribuns de la plèbe, c'est-à-dire les lois Liciniennes sur les dettes et la limitation de la possession de l'*ager publicus*); de même Liv. 38.54.2 où Caton est qualifié d'"*auctor*" du projet présenté par les tribuns de la plèbe mettant en cause les Scipions et ensuite il est "*suasor pro contione*".

15 Cic. *Att*. 16.16.6.

16 L'expression utilisée par Tite Live "*res per summam contentionem acta*" ressemble à la "*magnam seditionem*" de la *lex agraria* chez Cicéron.

17 Liv. 21.63.4: *Q. Claudius tribunus plebis adversus senatum atque uno patrum adiuvante C.Flaminio tulerat*. Que Flaminius soit le seul sénateur à défendre le plébiscite devant le sénat est douteux, même si le texte a dû susciter une assez forte opposition puisqu'il touchait les intérêts de l'ensemble du sénat défini comme un ordre, en visant non seulement les sénateurs eux-mêmes mais aussi leurs fils. Cependant il faut souligner qu'il s'agit du sénat dont Flaminius vient de faire la *lectio*, en tant que censeur, et qui, dans le cadre de l'assemblée centuriate, va l'élire consul pour la deuxième fois.

La discussion s'engage désormais *pro contione* devant le peuple. On connaît assez bien la procédure[18]: lecture de la loi, affichage du projet, date annoncée pour le vote, et entre temps réunion d'une ou plusieurs *contiones* préalables ou, à l'invitation du tribun, les *principes civitatis*, considérés comme des *privati* parce qu'ils n'exercent pas à ce moment là de magistratures, prennent la parole, à l'invitation du président de la *contio*, pour soutenir le projet ou le combattre à titre de *suasor*es ou de *dissuasor*es. C'est là donc que Caius Flaminius intervint comme *suasor* de la loi et fut sans doute son principal soutien. La loi fut adoptée.

Tite Live, qui souligne l'âpre contestation de la noblesse[19], ne signale pas les opposants nommément.

Quelle était en 218 la situation de C. Flaminius et quels motifs l'inspiraient? Il y a d'abord un problème de date.

Le plébiscite est daté généralement de 218 av J.-C. parce que selon Tite Live le vote de la loi valut à Flaminius son deuxième consulat. Cependant, certains auteurs pensent que le plébiscite a pu être adopté plus tôt, peut être en 219, date où C. Flaminius est encore censeur. Si nous adoptons la date traditionnelle de 218, sa censure vient de se terminer. C. Flaminius fut consul deux fois, en 223 et en 217. Pour l'un et l'autre de ces consulats, la tradition littéraire lui est unanimement hostile. Elle est le fait de sources largement postérieures – de Polybe à Tite Live – et même Cicéron et Plutarque. Elle est également le reflet de préjugés, de préoccupations particulières à leurs auteurs, d'un accès à des sources antérieures qui souvent se résument à des remarques brèves des annalistes[20] et aux récits familiaux tirés des archives des grandes familles hostiles à Flaminius[21].

18 Sur tous ces points voir: Hiebel, *Rôles institutionnel* cit., pp. 150 s.

19 *Res per summam contentionem acta invidiam apud nobilitatem*. Pour "*suader*e" ou "*dissuadere*", les intervenants s'appuient sur leur *auctoritas* et en général c'est celui qui a la plus grande *auctoritas* qui l'emporte. Il y a plusieurs exemples chez Tite Live, notamment à propos de Marcellus qui quitte son armée pour venir se défendre en *contio* contre un tribun de la plèbe qui voulait le priver de son commandement (Liv. 27.20.9-11); cf., également Plut. *Marc*. 27.3; Liv. 34.19.5 pour Caton (*vir gravissimus)*. Dans le cas présent, si l'âpreté des discussions avait été aussi forte pourquoi pas de "*dissuasor*"? Pour signaler les opposants, Tite Live emploie le terme "*nobiles*". Dans d'autres textes de Tite Live, le terme paraît en effet désigner une fraction limitée de la *nobilitas*.

20 Coelius Antipater, cité par Cic. *Div.* 1.77; *Nat. deor.* 2.3.8.

21 Notamment Fabius Pictor, contemporain de Flaminius, présent à la bataille de Télamon. Tite Live lui-même entretenait à l'égard de ses sources un scepticisme de bon aloi (8.40) lorsqu'il écrit: *Nec facile est aut rem rei aut auctorem auctori praeferre. Vitiatam memoriam funebribus laudibus reor falsisque imaginum titulis, dum familiae ad se quaeque famam rerum gestarum honorumque fallenti mendacio trahunt; inde certe et singulorum gesta et publica monumenta rerum confusa. Nec quisquam aequalis temporibus illis scriptor exstat, quo satis certo auctore stetur* ("Il n'est pas facile de préférer un fait à un autre, ou une source à une autre. A mon sens, les éloges funèbres, les fausses inscriptions des images des ancêtres ont altéré les souvenirs du passé, chaque famille cherchant par de fallacieux mensonges à s'attribuer de hauts faits et des magistratures; d'où naît assurément cette confusion dans les exploits chez les individus et dans les monuments du passé. Et il n'est pas un écrivain ayant vécu à cette époque qui offre une garantie assez sûre pour qu'on s'y tienne"). En ce qui concerne Flaminius, les archives familiales ont sans doute fait défaut pour protéger sa mémoire. Son fils fut consul cependant et, alors qu'il était édile curule, les Siciliens, dont Flaminius avait été le premier préteur, lui adressèrent un million de mesures de grain qu'il distribua à la plèbe romaine. Pour les Siciliens, c'était un hommage à lui-même et surtout une marque de respect pour la mémoire de son père (Liv. 33.42.5). Preuve s'il en est que le souvenir du grand consul était encore dans tous les esprits à cette date (196 av. J.-C.). Après le fils, on n'a plus de trace de la *gens*.

On peut penser que Polybe, le plus proche de la période où vécut Flaminius, a dû puiser dans les archives des Scipions. Bien que certains auteurs contemporains pensent qu'il y avait peut-être une alliance entre ceux-ci et Flaminius, le récit de Polybe, notamment sur la campagne militaire du premier consulat, est empreint d'une grande hostilité. Il se fait peut-être également l'écho de l'opposition sénatoriale transmise par Fabius Pictor. Il en vient à dénier toute compétence militaire à Flaminius, aussi bien dans le récit de sa confrontation avec les Gaulois, qui lui valut cependant le triomphe, que dans l'affrontement avec Hannibal et à Trasimène. Dans le second cas, il oppose la témérité et l'impétuosité de Flaminius qui avait peut-être fait illusion face aux Gaulois, eux-mêmes souvent critiqués sur ce point par les sources romaines[22], à la prudence réfléchie d'Hannibal.

Par contre, chez les auteurs romains, l'accent est mis à chaque fois sur le non respect de la religion de la part de Flaminius et sa méconnaissance de la volonté des dieux exprimée par les prodiges et les auspices[23]. Sans doute, les auteurs latins puisent leurs réflexions chez leurs prédécesseurs qui reflètent encore les préjugés d'une époque où les grandes familles patriciennes n'admettaient qu'à regret l'accès des plébéiens aux auspices ou aux grands sacerdoces. A travers les récits de Tite Live sur les généraux de la seconde guerre punique, souvent l'auteur, ou sa source, attribue aux plébéiens une impétuosité, un manque de réflexion, un refus de prendre en considération les avertissements des Dieux, ce qui entraine la défaite[24].

Les deux consuls qui devaient entrer en charge en mars 217, Publius Cornelius Scipio et Tiberius Sempronius, avaient été désignés dans des conditions dramatiques après la bataille de la Trebie, tard dans l'année 218. Ayant rejoint Rome après la défaite, le consul Sempronius procéda aux élections consulaires, "chose que l'on désirait le plus en ce moment", avant de rejoindre ses propres quartiers d'hiver à Placentia[25]. La date de la bataille est donnée par Polybe: "on était alors aux environs du solstice d'hiver", donc

22 Polyb. 2.33.7; 3.3.83.

23 Liv. 22.3; 22.9.7: le discours de Fabius Maximus au sénat au début de sa seconde dictature qui accuse Flaminius non de témérité, mais de non respect des auspices. Cf., M. Caltabiano, *Motivi polemici nella tradizione storiographica relativa a C. Flaminio*, dans *Contributi dell'istituto di storia antiqua*, Milano, 1976, p. 78-114. On retrouve la même tradition, mais plus nuancée, chez Cic. *Nat. deor*. 2.8; 21.67-71; id., Minucius Felix 7.4; 26.2; Ovide, *Fast*. 76.3; 78.8; Orose 4.13 (*Flaminius contemptis auspiciis adversum gallos conflixit et vincit*).

24 Même Marcellus est accusé par Tite Live de négligence envers les Dieux et les auspices (Liv. 27.16.13); *idem*, Plut. *Marc*. 23.8; 30.3-4; Valère Maxime 1.6.9. On retrouve les mêmes critiques contre un autre plébéien, le consul Varro, accusé de témérité et de dédain de la religion (Liv. 22.25.18-26.4). Cf., H.H. Scullard, *Roman Politics*, Oxford, 1951, p. 51; également F. Cassola, *I gruppi politici romani nel III secolo A.C.*, Trieste, 1962 sur les critiques émanant des groupes conservateurs romains, sur les consuls plébéiens incapables de comprendre les subtilités des auspices et les arcanes de la religion.

25 La bataille de la Trébie eût sans doute lieu en plein hiver. Les récits de Tite Live et de Polybe concordent sur le temps brumeux, neigeux, la rivière en crue, le froid insupportable. L'excessive rigueur du froid pendant et après le combat fit périr beaucoup d'hommes, de nombreuses bêtes de trait et tous les éléphants d'Hannibal sauf un. Sur le récit du combat: Liv. 21.54-55; Polyb. 3.72.3; G. Picard, *Les trophées romains*. *Contribution à l'histoire de la religion et de l'art triomphal de Rome*, Paris, 1957, p. 179. Pour rejoindre Rome et procéder aux élections, Sempronius dût louvoyer au milieu des ennemis occupés à piller. Polybe précise que le consul Sempronius précipita la bataille parce qu'il était "stimulé de désir de gloire, avant l'arrivée des nouveaux consuls les comices consulaires approchant".

fin décembre 218[26]. Selon Polybe, les consuls désignés s'empressèrent de prendre les mesures pour faire face à l'état de choses créé par la défaite. Ils enrôlèrent des soldats pour leurs propres légions, dirigèrent des approvisionnements en partie sur Ariminum, en partie sur l'Etrurie, ils envoyèrent des messages à Hièron pour demander des secours, lequel leur adressa 500 Crétois et 1000 Peltastes[27].

Il est évident que, contrairement à ce que dit Tite Live, le vote du plébiscite n'a pas été l'élément déterminant pour l'élection de Flaminius à son second consulat. On ne voit pas d'ailleurs comment l'hostilité de tout le sénat aurait pu favoriser au sein des comices centuriates cette désignation[28].

Une explication plus plausible pour l'année 218 est peut-être à chercher dans la perspective de la guerre maritime.

On a remarqué que les lois romaines, en général, ne visent pas des effets à long terme. Elles sont le fruit de circonstances et d'évènements immédiats[29]. Ensuite, elles peuvent tomber en désuétude comme le signale Cicéron[30]. Ce qui a fait la fortune du plébiscite Claudien, c'est qu'il a été repris, en des termes d'ailleurs tout à fait différents, par la *lex repetundarum* de César.

En ce qui concerne les perspectives d'une guerre maritime en 218, il faut souligner que les consuls de l'année élus en 219, après avoir tiré au sort leur province (Cornélius a obtenu l'Espagne, Sempronius l'Afrique et la Sicile), reçoivent chacun, outre des légions, une flotte[31].

Sempronius reçoit plus de bateaux car on envisageait les trajets vers la Sicile et l'Afrique. Par contre, Cornélius, qui devait recevoir l'aide du préteur envoyé en Gaule, reçut moins de navires de guerre car on ne supposait pas que l'ennemi viendrait de la mer[32]. Néanmoins, on envisageait nécessairement des transports de troupes avec chevaux, hommes et tout l'équipement par mer. Depuis la première guerre punique, les romains ont compris la nécessité de s'assurer la maîtrise des mers en cas de conflit. Les flottes de

26 Sur la date, R.M. Olgivie, *A Commentary on Livy* I, Oxford, 1965, p. 406.

27 Polyb. 3.75.5.

28 Il est curieux que Tite Live ne fasse pas allusion, à propos de ce second consulat, à l'existence de lois interdisant la réitération à la magistrature consulaire avant l'écoulement de 10 ans (plébiscite des tribuns en 342 av. J.-C.: Liv. 7.42; 10.13.1) bien qu'il les connaisse parfaitement et qu'il prenne soin de mentionner au 27.6.7 une loi revêtue de l*'auctoritas patrum* portée devant la plèbe pour décider (en 210 av. J.-C.) que tant que la guerre durerait en Italie, le peuple pourrait réélire les consuls autant de fois que cela serait nécessaire (*ex auctoritate patrum ad plebem latum plebemque scivisse ut ...*). Il est vrai que les lois interdisant la réitération avant 218 n'avaient pas toujours été observées. On peut citer notamment les cas de Curius Dentatus, cos. en 275 et 274 av. J.-C. et de Manlius Torquatus, cos. en 244, 241, 235 av. J.-C. Voir Th. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic* I, New York, 1951, pp. 195-196, 223-224.

29 E. Meyer, *Römischer Staat und Staatsgedanke,* 3e ed., Zurich, 1964, p. 96; J. Bleicken, *Lex Publica Gesetz und Recht in der römischen Republik*, 1975, pp. 178 s., 186; id., *Die Verfassung der römischen Republik Grundlagen und Entwicklung*, Stuttgart, 1975, pp. 50, 63 s.; F. Wieacker (*Römische Rechtsgeschichte*, 1961, p. 68) observe lui aussi que la législation romaine est toujours établie pour faire face à des besoins spécifiques et immédiats.

30 *Verr*. 2.5.18.45.

31 Sur tous ces points et notamment le détail des équipements, voir Liv. 21.17.1-9.

32 Liv. 21.17.8.

guerre sont nécessairement doublées de navires de charge pour assurer le ravitaillement des armées et, dans les textes qui les mentionnent, ceux-ci sont beaucoup plus nombreux que les navires de guerre chargés de les protéger[33].

Et c'est peut-être là que se situent en 218 les motifs du vote du plébiscite. On interdit aux sénateurs, et aux fils des sénateurs, de posséder des navires maritimes de plus de 300 amphores[34], c'est-à-dire, des navires capables d'affronter la mer et d'une capacité de transport assez élevée. Que pouvait donc transporter de tels navires si ce n'est l'équipement nécessaire aux flottes et aux armées?[35] Lorsqu'il s'agit d'équiper l'armée, on a recours à l'affermage. Ceux qui prennent en charge le transport des troupes ne se contentent pas de fournir l'équipement. Ils construisent le navire[36]. Lorsqu'il s'agit des fournitures de l'armée s'impose donc la nécessité de navires de charge pour ceux qui prennent les contrats de l'Etat. On a sur ce point les nombreux témoignages de Tite Live à partir de 216[37].

On suppose généralement, qu'indépendamment du plébiscite, il existait une loi spéciale interdisant aux sénateurs de participer aux contrats de l'Etat[38]. Mais était-il nécessaire d'avoir une loi spéciale? La simple interdiction de posséder des navires d'un

33 Polyb. 1.20.5; 20.8.

34 Sur le sens de "*habere navem*", voir A. Guarino, *Quaestus omnis patribus indecorus*, dans *L*abeo 28 (1982), pp. 7-16; sur le tonnage des navires, la signification des 300 amphores, se reporter à A. Tchernia qui mentionne toutes les recherches sur ce point: *Les romains et le commerce*, Naples, 2011.

35 F. Zevi, *Le grandi navi mercantili*, *Puteoli e Roma*, dans *Le ravitaillement en blé de Rome et des centres urbains des débuts de la république jusqu'au haut-empire*, Rome, 1994, pp. 61-68. Sur le transport du blé fiscal, Tchernia *Les romains et le commerce* cit., pp. 210 s.

36 Déjà dans le *Mercator* de Plaute (vers 84-86), le fils de famille qui, à la mort de son père, décide d'aller faire du commerce, commence par construire un navire léger, ensuite il achète les marchandises et embarque la cargaison. Il en est de même pour les contrats publics de 215 av. J.-C. mentionnés par Tite Live (23.48.12): à la demande des consuls Publius et Gnaeus Scipio, qui manquent d'argent pour la solde des soldats, l'achat de vêtements, de blé, de fournitures pour les équipages, le préteur "*edixit diem (in contione*) *quo vestimenta frumentum Hispaniensi exercitui praebenda quaeque alia opus essent navalibus sociis*". C'est là que se présentent trois compagnies de 19 personnes qui acceptent de prendre les contrats moyennant la prise en charge des risques de naufrage des navires et des risques de l'ennemi par l'Etat. A noter qu'ici, c'est le préteur qui se charge de la mise aux enchères, les censeurs n'étant pas en fonction.

37 Liv. 23.48.12; 25.3.8 (l'affaire de l'escroquerie de Postumius Pyrgi); 27.10.13; 34.6.13; 44.16. En Epire, le consul Marcellus demande au sénat d'envoyer de Rome des vêtements pour les soldats et 200 chevaux numides, faute de ressources de ce genre en Macédoine. On sait qu'il existait des navires spécialement équipés pour le transport des équidés sans compter, à une époque ultérieure, les bêtes de cirque ou les éléphants.

38 Son existence serait confirmée par Polyb. 5.7.2-4, qui dit que les contrats publics sont aux mains du "*pléthos*". L'interdiction est implicite chez Polybe et est confirmée par Asconius *in or. in toga candida* p. Orelli = 93 Clark; Dio Cass. 55.10.5 qui rappelle qu'il existait des exceptions à l'interdiction; Dio. Cass. 69.16. Chez les auteurs modernes: L. Lange, *Römische Alterthümer* II, Berlin, 1876, p. 162; P. Willems, *Le sénat de la république romaine,* Paris, 1878, p. 204. Ces derniers pensent qu'elle était contemporaine du plébiscite. M. Gelzer, *The Roman Nobility*, John Wiley & Sons, 2001, admet la coïncidence de deux dispositions et les confond; de même Bleicken (*Lex Publica* cit., p. 178 s.), suivant une opinion de Mommsen dans *R.G.*, I, p. 853 et modifiée par lui dans *S.R.*, cit.; G. Clemente, *Plebiscito Claudio e le classi dirigente romane nell'eta del imperialismo*, dans *Ktema* 8 (1983), pp. 253-259, estime qu'il y eut le vote d'une loi spéciale entre 218 et les Gracques. A noter que dans le fragment de Leyde des sentences de Paul, l'interdiction d'avoir un navire *in quaestum habere* est expressément liée aux *vectigalia publica.*

tonnage supérieur à 300 amphores suffisait à écarter les sénateurs de toute participation aux contrats publics. On comprend l'irritation du sénat ou d'une partie des sénateurs. Les navires de 300 amphores suffisaient à cette époque pour évacuer les produits des fermes sénatoriales. Plus tard, lorsque la production va s'accroître, et il n'y a qu'à se référer au *De agricultura* de Caton, il faudra trouver des navires plus importants pour emporter jusqu'aux marchés les produits agricoles. A ce moment là, la distinction ne se fera plus sur le tonnage des navires mais sur l'opposition entre *quaestus* et *fructus.* Tout ce qui proviendra de la production agricole sera qualifié de *fructus*[39].

Nous avons donc là, en 218, une loi de circonstance visant une situation particulière. Il ne s'agit pas pour l'instant d'exclure le *quaestus* ni même de le trouver *indecorus*. L'opposition entre *fructus* et *quaestus* est un argument ultérieur tel qu'il existe dans la littérature moralisante du premier siècle, tel qu'il figure dans la *lex repetundarum* de César (*navem in quaestum habere*)[40].

Que cette loi, par contre, concerne les contrats de l'Etat entre bien dans la compétence des censeurs. On a plusieurs exemples de leurs interventions autoritaires, on pourrait dire de leur *arbitrium,* tout au long du deuxième siècle pour imposer leur volonté face aux fermiers de l'Etat. Cela provoque souvent des conflits, mais les censeurs tiennent bon. Le cas le plus fameux est celui de Caton, censeur en 184, lorsque le sénat annule les contrats qu'il avait attribués avec son collègue. Il écarte des nouvelles enchères ceux qui se plaignaient des contrats annulés[41]. Ces pouvoirs du censeur sont liés à la situation particulière de ce magistrat qui jouit d'une certaine immunité, rappelée dans un décret sénatorial[42].

Quelles étaient alors en 218 les motivations de Flaminius?

A cette date, Flaminius n'exerce pas de magistrature et c'est à titre de *privatus* qu'il est appelé en *contio* pour défendre le texte, Il s'agit d'une procédure normale dont on a

39 Dès lors, on n'interdit plus aux sénateurs de posséder de gros navires: Cic. *Verr.* 5.44-45, à propos du très grand navire de Verrès, pourvu qu'il serve à transporter le *fructus* du *fundus* maritime. Dans le Digeste, les navires figurent dans *l'instrumentum fundi* pour évacuer le *fructus*: Ulp. (20 *ad Sab.*) D. 33.7.12.1 (*ea, quae exportandorum fructuum causa parantur, instrumenti esse constat*, *veluti iumenta et vehicula et naves et cuppae et cullei*).

40 Sur l'opposition entre *fructus* et *quaestus,* il s'agit là d'une controverse postérieure. Depuis longtemps, on a fait remarquer que l'idée de trouver le *quaestus indecorus* ne s'est développée que plus tard. Voir sur ce point, Tchernia, *Les romains et le commerce* cit., pp. 214 s. A ce propos, il est intéressant de souligner que dans les trois livres de Varron sur les bénéfices que l'on peut tirer de l'activité agricole, le terme *quaestus* n'est jamais utilisé, même pas au livre III sur l'activité hautement spéculative de la *pastio villatica* ou au livre II sur les produits de l'élevage. Même l'exploitation d'une taverne sur les confins de la *villa* participe du *fructus*. Même situation dans le Digeste pour le produit des carrières de marbre. Le terme *quaestus* est soigneusement évité. Sur les discussions sur le sens des dispositions du plébiscite, voir Tchernia, *Les romains et le commerce* cit., pp. 199 s.

41 Liv. 39.44.8: *edicto summotis ab hasta qui ludificati priorem locationem errant*. On a le même cas en 169 avec les censeurs Gaius Claudius et Tiberius Sempronius (Liv. 43.16.6-16) à propos de la tentative d'un tribun de la plèbe d'annuler les contrats passés par les censeurs avec l'aide d'un plébiscite (*rogatio*: *quae publica vectigalia aut ultro tributa C.Claudius et Ti.Sempronius locassent, ea rata locatio ne esset*).

42 Liv. 37.17; Val. Max. 7.2.6 (Cette magistrature doit être délivrée de la crainte de tout procès "*qui exagere deberet rationem non reddere*"). Magistrature qui demande des comptes aux autres et n'a pas à en rendre elle-même. On pourrait dire qu'à une certaine époque, les censeurs recréent la cité et remettent les institutions en marche.

plusieurs exemples. Et c'est *pro contione* que les arguments, favorables ou non au texte proposé, sont exposés[43].

Flaminius a été censeur en 220 et, selon les règles habituelles, la censure vient de se terminer[44]. Les sources sont unanimes sur l'importance de l'activité des deux censeurs bien que son nom soit souvent cité de préférence[45]. Et il faut le souligner que c'est lui qui procéda à la lecture du sénat et à l'accomplissement du *lustrum*[46]. C'est ce même sénat qui aurait été hostile dans son ensemble au plébiscite. Pourtant les sources ne font aucune allusion à des critiques ou à des conflits sur sa composition. Bien au contraire, lorsqu'en 217, après Cannes, il a fallu compléter la liste du sénat, dépeuplé par les derniers combats, le dictateur Marcus Fabius Buteo, désigné pour procéder à la *lectio senatus,* déclara: "qu'il n'éjecterait du sénat aucun de ceux que Gaius Flaminius et Lucius Aemilius censeurs avaient choisis et qu'il se contenterait de transcrire et réciter leurs noms"[47].

Lors de sa censure, avant de procéder à la *lectio senatus,* Flaminius a certainement émis la *lex censui censendo* avec son collègue, fixant les règles qui présideraient à leur choix[48]. C'est la première déclaration des censeurs *pro contione* après leur élection. En 216, on voit ainsi Marcus Fabius Buteo préciser comment il va choisir les futurs sénateurs. La *lex* serait accompagnée d'un édit détaillant les modalités du choix des censeurs. On pourrait donc penser que le plébiscite Claudien aurait été précédé en 219[49] d'un édit censorial interdisant aux sénateurs et à leurs fils de posséder un navire maritime de plus de 300 amphores, édit repris en 218 par Claudius avec l'appui de Flaminius comme *suasor*. Il faut noter que le style même du plébiscite rappelle celui des édits des censeurs tels qu'ils sont mentionnés dans Pline à diverses reprises (*ne quis ... haberet*)[50].

43 Sur tous ces points, voir Hiebel, *Rôles institutionnel* cit.

44 Les deux censeurs ont été élus à l'instigation des consuls entrés en charge au 15 mars. Leur activité sur 18 mois fait qu'ils ont dû la clore en septembre 219 ou au début de 218. Sur les règles de la censure, voir Mommsen, *Droit public Romain* IV cit.; J. Suolahti, *The Roman Censors*. *A Study on Social Structure*, Helsinki, 1963. On sait que le lustre n'a jamais lieu l'année de l'entrée en charge.

45 Son collègue patricien, L. Aemilius Q.f. Cn.n. Papus appartient à une gens patricienne majeure. Selon Munzer (*Römische Adelsparteien und Adelsfamilien,* Stuttgart, 1920, p. 157), les Aemilii auraient appuyé les nouvelles gentes plébéiennes et les auraient aidées dans leur lutte contre l'aristocratie conservatrice. Sur ce point, voir Scullard, *Roman Politics* cit., p. 54; Suolahti, *The Roman Censors* cit., p. 256. On aurait ici un exemple d'association fréquente entre une *gens* patricienne illustre et une *gens* plébéienne plus récente, association qu'on retrouve lors de la censure de Caton. Il est à noter qu'Aemilius avait remporté sur les Gaulois la brillante victoire de Télamon en 225, ce qui crée un nouveau lien avec Flaminius, vainqueur des *Insubres* en 223. Cette censure a certainement été favorisée par l'importance du butin ramené des Gaulois. Polyb. 2.23-25.; 28.5; 25.8; 2.32; 5.33 à qui fait écho Tite Live.

46 Sur la lecture du cens et les cérémonies rituelles, voir Varro *L.L.* 6.86: *censores inter se sortiuntur uter lustrum faciat.*

47 Liv. 23.23.4.

48 Le caractère de cette disposition qualifiée de *lex,* probablement rédigée à l'impératif, a été discuté. Voir, Magdelain, *La loi à Rome* cit., p. 72 et la bibliographie citée dans la note 81 de cette même page.

49 Certains auteurs n'hésitent pas d'ailleurs à dater le plébiscite lui-même de 219: A. Lippold, *Consules,* Bonn, 1963, p. 143.

50 Plin. *N.H.* 13.24: les censeurs Publius Licinius Crassus et Lucius Iulius Caesar "*edixisse ne quis vendent ungunta exotica*"; Plin. *N.H.* 14.95: *P.Licinius Crassus L. Ilius Caesar censores ... edixerunt ne quis vinum graecum amineumque octonis aeris singula quadrantalia venderet*. Le style du plébiscite Claudien est identique à ces édits (Liv. 21.63.4: *ne quis senator cuive Senator pater fuisset maritimam navem quae plus quam trecentarum amphoram esset haberet*).

Dans ce cas, l'édit censorial a pu concerner la composition du sénat telle que les deux censeurs avaient l'intention de la déterminer[51], en tenant compte de la composition des fortunes et avec le souhait d'éliminer la tentation pour les sénateurs de participer aux contrats de l'Etat. Ensuite, cet édit aurait été repris dans le cadre d'un plébiscite pour pérenniser la décision censorielle. Le plébiscite Claudien serait moins une loi somptuaire à proprement parler qu'une loi politique visant les candidats aux hautes charges de l'Etat dans leur façon d'accroître leur patrimoine et voulant éviter qu'ils ne s'enrichissent en prenant à ferme les contrats de fourniture aux armées.

Ce serait une politique du censeur Flaminius visant le recrutement du sénat et on retrouverait cette intention du censeur dans la mystérieuse *lex Metilia*.

En tant que *suasor legis*, Flaminius est cité pour deux lois: la *lex Metilia* et le plébiscite Claudien. On a depuis longtemps rapproché les deux lois.

La *Lex Metilia de fullonibus* est énigmatique car la source est particulièrement succincte[52]. Chaque terme de la notice de Pline pose problème: l'identité de l'auteur de la loi (Metilius), le fait qu'il s'agisse d'une *lex dicta ad populum ferendam* inspirée par les deux censeurs, Caius Flaminius et Lucius Aemilius Paulus, et, enfin, le contenu même de la loi.

Cassola considère que les deux censeurs sont les *suasor*es de la loi[53]. On admet généralement que les censeurs n'ont pas le *ius agendi cum populo*. Ils émettent des édits[54], comme tout magistrat, dont la durée sera limitée à leur censure. Pour transformer ces édits ponctuels en normes permanentes, ils doivent utiliser les magistrats soit les consuls ou préteurs soit les tribuns de la plèbe. Le texte de Pline parle d'une *lex dicta*. Le mot *lex* est souvent employé en ce qui concerne les censeurs[55]. L'expression *lex dicta* mettrait en relief le caractère coercitif de la loi.

Les censeurs réglementaient par cette loi le choix des craies utilisées par les foulons pour donner du lustre et du volume aux étoffes. En l'occurrence, il s'agit de la craie ombrienne qui rendait les toges plus blanches et plus éclatantes. Elle était plus chère que

51 La fameuse formule de l'éloge funèbre de Lucius Caecilius Metellus: Plin. *N.H.* 7.139: *bono modo invenire*.

52 Plin. *N.H.* 35.197: *cum Lex Metilia extet fullonibus dicta quam C.Flaminius et L.Aemilius Paulus censores dedere ad populum ferenda.*

53 F. Cassola, cit., p. 213.

54 Sur les édits des censeurs, A.D. Manfredini, *L'editto de coercendis rhetoribus latinis*, dans *SDHI* 42 (1976), p. 99-148, note p. 111; C.G. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui, Tübingen*, 1909, n. 67; Mommsen, *Staatsrecht* I, pp. 202-203; II, p. 373 n. 2.; Droit Public, IV, p. 50 n. 3. La *lex censui censendo* rédigée à l'impératif devait être différente des édits conçus comme de simples avis. B. Magdelain, *La loi à Rome* cit., p. 26. Dans une optique différente, F. Cancelli, *Postilla sul potere dei censori*, dans Labeo 6 (1960) pp. 225-227.

55 Plin. *N.H.* 33.78: lors de leur entrée en charge, les censeurs publient leur "*lex censui censendo dicta*"; Liv. 43.14.5 (en 169 av. J.-C.): *Censores ... ita in contione edixerunt legem censui censendo dicturos esse...* Dans la *lex* osque de Bantia: *lex censui censendo*. Krüger (*Manuel des antiquités romaines histoire des sources du droit romain*, Paris, 1894, p. 94) refuse ici à *lex* son sens technique; D. Daube, *Roman forms of législation*, Oxford, 1956, p. 99; les édits des censeurs ont le style de sénatus-consultes, Rotondi (*Leges publicae populi romani*, Hildesheim, 1912, p. 252) y voit de simples avis; *idem*, C.G. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui,* Tübingen, 1909, n. 67; Mommsen, *Droit public romain* I cit., pp. 202-203. Sur le sens de *lex dicta,* U. Coli, *Regnum*, dans *SDHI* 27 (1951), pp. 118-120.

les autres. Le propos de Pline est ici de faire l'éloge des Anciens qui, même dans les plus petites choses, mettaient le plus grand soin. La loi, précise-t-il, est encore en vigueur à son époque. Manifestement il trouve excessif le souci exprimé par les censeurs. Il n'est pas sûr qu'il en fût de même à une époque plus ancienne.

En fait, on peut distinguer ici deux motifs: Le premier est de rendre la toge plus blanche, ce qui devait être d'une certaine importance lorsqu'il s'agissait de la *toga candida* des candidats aux élections qui pouvaient ainsi se distinguer de la foule plus aisément[56]. Nous sommes là, en ce qui concerne les censeurs, dans le cadre de leur activité normale du contrôle du luxe. Mais le but peut être aussi politique: contrôler l'accès aux magistratures par le biais de la compétition électorale et, en définitive, le recrutement du sénat. Sur ce point, nous avons dans les sources un autre exemple montrant l'importance que pouvait revêtir la *toga candida*[57]. Le texte de Tite Live (4.25.14) mentionne une loi portée par les tribuns de la plèbe interdisant aux candidats aux élections de ne rien ajouter pour blanchir leur toge (*ne cui album in vestimentum addere petitionis causa liceret*). Cette loi, considérée comme puérile par Tite Live (de même Pline, relativement à la loi Metilia, qui ne voit pas l'intérêt d'une telle disposition), souleva de violents débats en son temps. Les tribuns de la plèbe, promoteurs de la loi, l'emportèrent malgré l'opposition de la noblesse et l'échauffement des esprits. La plèbe se plaignait alors que les tribuns consulaires soient tous choisis parmi les patriciens. La loi étant passée, il fut évident que la faveur du peuple se porterait dorénavant vers les plébéiens, ce qui incita le sénat à voter un sénatus-consulte pour nommer des consuls et retourner vers le consulat après l'épisode des tribuns consulaires.

Le problème posé n'était donc pas si puéril que ça, c'était une loi dirigée contre l'arrogance des grands, loi de circonstance qui visait expressément l'apparence des candidats aux élections. Il s'agit d'une loi avec des conséquences importantes qui, par des moyens indirects, atteint son but et qui a également, comme la loi sur les foulons ou le plébiscite Claudien, les caractères d'une loi somptuaire[58], mais surtout politique. De même, en faisant voter la *lex Metilia*, Flaminius et son collègue, avant la *lectio Senatus*, déterminaient les règles qui présideraient au choix des futurs sénateurs, en contrôlant l'accès aux magistratures.

L'autre motif de la *lex Metilia* peut tenir au rôle traditionnel des censeurs en matière économique. Les foulons jouaient un rôle important dans la vie économique. Il semble

56 Bleicken, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München, 1955, p. 32. En portant une toge blanche, les candidats attiraient l'attention des électeurs. Bleicken considère qu'il s'agit de ce fait d'une loi somptuaire, la craie utilisée étant plus chère et cela favorisait ceux qui avaient des moyens financiers plus importants. Le texte de Liv. 34.7.2 mentionne l'habitude des fils de sénateurs allant au sénat en portant la prétexte, ce qui était considéré comme un luxe: le port de la prétexte bordée de pourpre. On peut supposer que la blancheur de la prétexte pouvait être renforcée par la craie ombrienne.

57 Liv. 4.25.13: loi de 433 av. J.-C.; Olgivie (*Commentary Livy* cit., p. 574) pense que le qualificatif de la loi, qualifiée de *de ambitu,* doit être une mauvaise interprétation des Annales. La lutte contre la brigue ne devint vraiment sérieuse qu'au deuxième siècle av. J.-C. Plus loin d'ailleurs, Tite Live qualifie de première loi *de Ambitu* (7.15.12) une loi de 358 proposée par les tribuns avec l'accord du sénat contre les nouveaux candidats qui avaient l'habitude de parcourir les assemblées et les *conciliabula*. D'autre part, la pratique de la *toga candida* subsista.

58 Bleicken (*Das Volkstribunat* cit., p. 31) y voit, comme pour le plébiscite Claudien, une loi som ptuaire.

évident, d'après la suite du récit de Pline qui détaille les opérations des foulons, que la disposition sur l'utilisation de la craie de blanchiment faisait partie d'un ensemble plus vaste visant le processus de fabrication de l'étoffe. Le soin apporté par les censeurs à l'ordre des opérations peut s'expliquer aussi par le fait que l'activité des foulons s'exerçait dans la rue et donnait lieu à un certain empiètement de la voie publique et sans doute provoquait un certain nombre de nuisances[59].

Ceci étant, cet édit censorial revêtait dans l'esprit de leurs auteurs une importance assez grande pour qu'ils aient eu le désir de le rendre permanent en utilisant un tribun de la plèbe pour le transformer en loi.

Quel type de loi? L'identité de Metilius est ici en cause. On connaît un Metilius, tribun de la plèbe en 217, l'année du consulat de Flaminius[60].

Ce n'est pas un personnage indifférent. C'est lui qui propose une loi accordant au *magister equitum,* Marcus Minucius, un *imperium* égal à celui du dictateur Fabius Maximus (*de aequando magistri equitum et dictatoris iure*), ce qui provoqua beaucoup de tumulte. Le tribun obligea d'ailleurs ce dernier à procéder à la nomination d'un consul en remplacement de Caius Flaminius, tombé à Trasimène avant de rejoindre son armée. Du fait de l'existence de ce tribun en 217, année du consulat de Flaminius, certains en sont venus à dater la loi de 217 et en ont déduit qu'il s'agissait d'un plébiscite[61].

Il y a plusieurs objections possibles à cette interprétation. Déjà en l'an 217, Flaminius est en grande partie absent de Rome. On sait qu'il est parti avant le mois de mars, date de l'entrée en charge de son consulat. Cependant, au début de l'année quand il n'est que consul désigné, il peut, avec son collègue à la censure, défendre en *contio,* à titre de *suasor,* leur édit censorial. Donc, dans une certaine mesure, la loi a peut- être été adoptée en 217 avant le départ de Flaminius pour le théâtre des opérations.

La notice de Pline ne parle pas d'un plébiscite mais d'une loi *ad populum ferendam*. Certains ont alors proposé l'existence de deux Metilius: soit le même homme tribun de la plèbe en 220-219, puis en 217 et allié de Flaminius comme le tribun inconnu du plébiscite Claudien[62], soit deux hommes différents, l'un préteur en 220, l'autre tribun

59 R. Etienne, *La vie quotidienne à Pompéi*, Paris, 1966, pp. 162-166. Voir également, W. Jongman, *The Economy of Pompei*, Amsterdam, 1988. Voir aussi, Papinien (*lib. de cura urb.* D. 43.10.4) et le souci de préserver la propreté des rues face aux nuisances de certains artisans et aux foulons, confiée aux *curatores urbium* (*item curam agant, ne quid ante officinas proiectum sit praeterquam si fullovestimenta siccet vel faber rotas foris ponat ...*).

60 Liv. 22.27.

61 Pour G. Niccolini (*I fasti dei tribuni della plèbe*, Milan, 1934, pp. 90-91), le tribun aurait en 217 transformé en plébiscite un édit censorial de 220. C'est aussi l'opinion de Willems, *Le sénat de la république romaine* cit.; G. Clemente, *Le leggi sul lusso e la società romana tra III e II secolo A.C.*, in *Modelli etici, diritto e trasformazioi sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, Roma, Bari, 1981, pp. 1-14.

62 Brougthon, *The Magistrates* I, cit., p. 236: pour l'année 220 censure de C. Flaminius et L. Aemilius Paulus. Il place M? Metilius tribun de la plèbe et auteur de la *lex Metilia;* Niccolini, *Fasti,* cit., pp. 97 s.: en 217 Metilius tribun de la plèbe; Munzer, *Metilius,* dans *RE 15*, 1932, p. 1398 suggère que Metilius tint deux tribunats, un avec Flaminius comme censeur, l'autre avec Flaminius comme consul. R. Develin, (*The Practice of Politics at Rome 366-167 B.C.*, Bruxelles, 1985) daterait la loi plutôt de 219 à cause de la mention des deux censeurs; Cassola, (*I gruppi politici romani*, cit.): deux hommes différents, un préteur au moment de la censure, l'autre tribun en 217. Scullard*, Roman Politics* cit., p. 48), préfère faire l'économie de deux tribuns successifs de même nom car on n'a pas d'exemple de réitération du tribunat pour le même homme, dans le *cursus honorum*.

en 217[63]. On peut ainsi songer à une loi votée alors que Flaminius et son collègue censeurs en 219 veulent transformer leur édit en loi en utilisant un certain Metilius et soutiennent le projet comme *suasor*es. Cette incertitude sur la qualité de Metilius tient à la formulation de Pline qui parle d'une *lex lata ad populum*. Il est aussi possible que Pline à son époque ne fasse pas nécessairement ici la différence entre le plébiscite et la loi[64]. Metilius était certainement un allié de Caius Flaminius et ce dernier, comme pour le plébiscite Claudien, utilise un magistrat ou un tribun pour transformer son *edictum* en loi.

Quelque soit l'année exacte où ces deux lois ont été votées, elles sont liées par la personnalité du *suasor legis*, Caius Flaminius, et elles présentent des caractéristiques communes. Dans les deux cas, il s'agit de deux censeurs ou d'un ancien censeur utilisant un tribun de la plèbe pour transformer un édit censorial en loi. Ils assurent par ce biais la pérennité de dispositions dont l'effet aurait été limité dans le cadre des cinq années de leur censure. Leur éloquence et leur *auctoritas* devant la *contio* assurent le triomphe des dispositions et pallient au fait que les censeurs ne disposent pas du *ius agendi cum populo*. Elles nous éclairent sur l'importance des censeurs à cette époque dans le cadre de la constitution romaine.

Cependant, si les censeurs ont un rôle éminent *in contione* et dans l'organisation de l'Etat, il reste que pour donner une sanction durable à leurs édits, ils doivent nécessairement recourir à la loi et à une alliance avec un magistrat ou un tribun. S'agissant de censeurs plébéiens, le recours aux tribuns de la plèbe est évident. Cela concorde ainsi parfaitement avec Caius Flaminius *suasor* legis, s'appuyant sur des tribuns comme Claudius et Metilius et, avec le secours de son éloquence, apparaissant comme le véritable auteur de la loi.
Ces deux lois concernent directement ou indirectement le statut du sénat, qu'on les envisage comme des lois purement politiques ayant pour but de contrôler l'accès aux magistratures soit qu'on les considère comme des lois somptuaires[65] qui ont un lien avec le choix des sénateurs parmi les anciens magistrats lors de la lecture du cens par les censeurs.

63 Cassola, *I gruppi politici romani* cit., pp. 215 s.

64 Pour Develin (*The Practice of Politics*, cit.), à l'époque de Pline le *populus* a perdu son sens technique.

65 Le caractère somptuaire de ces deux lois est généralement admis par les auteurs modernes. Pendant longtemps la moralisation de la vie politique aurait été l'œuvre des censeurs par le biais de mesures individuelles, limitées dans le temps. C'est après les premières guerres d'Orient qu'on aurait assisté à un véritable développement du luxe. On a voulu prendre alors des mesures plus radicales par le biais de lois, prises, en général, avec l'accord du sénat. On pourrait alors considérer la *lex Metilia* et le plébiscite Claudien comme des précédents: les premières tentatives des censeurs de transformer leurs édits en lois avec l'accord des tribuns. Cependant la plus part des lois ultérieures touchent des aspects très particuliers du luxe: luxe des vêtements ou de la table (Macrobe, *Sat.* 3.17.13: *Cato enim sumptuarias leges cibarias appelat*), mais ne portent pas atteinte comme le plébiscite au statut même des sénateurs. La *lex Claudia* vise non pas la façon de dépenser son argent ou de dilapider son patrimoine, mais la façon de l'augmenter. Augmenter son patrimoine pour la *nobilitas* n'est nullement interdit, c'est même une obligation qui sera rappelée plus tard par Caton, mais encore faut-il le faire d'une façon élégante comme le souligne la fameuse formule citée dans l'éloge funèbre de L. Caecilius Metellus en 221: *Pecuniam bono modo invenire* (Plin., *N.H.* 7.139).

Abstract

According to literary sources, Caius Flaminius was supposed to act as *suasor legis* in two statutes: the Claudian plebiscite and the *lex Metilia*. During the voting process, the Roman *suasor legis* used to intervene *pro* and *in contione* before the Roman people in order to support a bill. His intervention, based on eloquence and on *auctoritas,* was often a determining factor. The motives for the suggested steps are worthy of attention. Did Caius Flaminius indeed intervene here as a censor?

CEDERE IL PASSO ALLE SIGNORE

Arrigo D. Manfredini*

1. Il linguaggio del corpo

L'antropologia del gesto[1]. Il corpo, con le sue movenze e le sue posture, offre un vasto campo di significati che oltrepassano l'interesse antropologico e sociale, per investire in pieno altri settori di studio, tra cui il diritto.

Per quanto riguarda i "corpi romani"[2], questo particolare punto di vista della comunicazione corporale ha messo al centro della pagina i gesti di saluto, in particolare i gesti di ossequio dovuti ai magistrati[3] – alzarsi, cedere il passo, smontare da cavallo o dalla carrozza, scoprirsi il capo – gesti che trascendono la sfera dell'etichetta, e la cui natura obbligatoria e coercibile non lascia dubbi. Essi svelano, come mette in luce un recente saggio dal significativo titolo *Positions du corps, gestes et hiérarchie sociale à Rome*[4], inattese "gerarchizzazioni da saluto", non sfuggite alla moderna riflessione giuspubblicistica[5].

Sennonché, al centro di questi saluti "obbligatori", secondo noi, non sono stati solo i magistrati, ma anche le donne. Almeno per quanto attiene alla precedenza. In date epoche le donne di rango e le matrone[6] hanno goduto del diritto di precedenza sugli uomini; forse, magistrati compresi[7]. Di tutto questo nelle fonti restano solo deboli tracce

1 Citazione di M. Jousse, *L'anthropologie du geste*, Paris, Gallimar, 1974 (trad. it. di E. De Rosa, *L'antropologia del gesto*, Roma, Edizioni Paoline, 1979).

2 *Corps Romains*, Textes réunis par Philippe Moreau, Grenoble, Editions Jérôme Millon, 2002.

3 Non il *digitus salutaris* (Suet. *Aug*. 8).

4 Ph. Moreau, *Positions du corps, gestes et hiérarchie sociale à Rome*, in *Corps Romains*, cit., pp. 179 ss.

5 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, Graz, Akad. Druck-u. Verlagsanstalt, 1952[3] (rist. ed. Leipzig, Hirzel, 1887), pp. 397 s. Parimenti scarsa è l'attenzione dedicate ai saluti in W. Kroll, *Die Kultur der ciceronischen Zeit*, II, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963 (rist. Leipzig, Dieterich'sche Verlagsbuch, 1933).

6 Sulla difficoltà di definire questo gruppo sociale, tra privilegi di ceto, matrimonio e maternità e segni identitari, cfr. *infra*.

7 Certamente, come vedremo, le matrone non avevano l'obbligo di cedere il passo ai magistrati. A più forte ragione le vestali (Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 398 nt.1).

* Professore emerito Università di Ferrara.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 586-596

che giova comunque rimeditare, con l'apporto di due testi giuridici che non ci risulta siano mai stati richiamati al riguardo.

2. Gesti di ossequio per magistrati e matrone

Conviene partire da una testimonianza che, quantunque tarda, è la sola a proporre una classificazione apparentemente esaustiva di queste forme di ossequio, e ad attribuirle alla sfera delle onorificenze magistratuali[8]. Servio Onorato, lo scoliaste di Virgilio che vive tra il IV e il V sec. d.C., con lo sguardo proteso su un passato chissà quanto da lui distante, afferma che presso i Romani erano quattro i gesti pertinenti alla onorificenza (*ad honorificentiam*): scendere da cavallo, scoprirsi il capo, cedere il passo (il passaggio), alzarsi (*equo desilere*, *caput aperire*, *via decedere*, *adsurgere*). "Dicevano che fosse anche questo ciò che gli araldi conclamavano quando precedevano i magistrati (*Hoc etiam praecones praeeuntes magistratus clamare dicebantur*)[9]". L'*etiam* avvalora la presenza, nel testo, di due distinte informazioni, un elenco di gesti *ad honorificentiam* e la loro corrispondenza a quelli che si dovevano ai magistrati.

Una conferma del numero e della tipologia serviana ci viene da Seneca[10]. Il filosofo, in una suggestiva riflessione che muove dal dovere di onorare e venerare i grandi uomini, precettori del genere umano, osserva: "Se avrò visto un console o un pretore, io farò tutto ciò che si suole fare per rendere onore ad un magistrato: scenderò da cavallo (*equo desiliam*), mi scoprirò il capo (*caput adaperiam*), cederò il cammino (*semita cedam*). Potrò mai ricevere nel mio animo senza grandissima dignità i Catoni, Lelio, Socrate, Platone, Zenone e Cleante? Io li venero e dinanzi a cotanti nomi sempre mi alzo in piedi (*adsurgo*)[11]".

8 Su *dignitates*, *honores*, *ornamenta*, titolature ecc., una letteratura di massima non può iniziare che da Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., pp. 372 ss.; St. Borszák, sv. *Ornamenta*, in "RE", XVIII, 1, (1939), coll. 1110 ss.; R. Rilinger, *Ordo und dignitas als soziale Kategorien der römischen Republik*, ora in *Ordo und dignitas*, Herausgegeben von T. Schmitt und A. Winterking, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, pp. 95 ss. F. Kolb, *Zur Statussymbolik im antike Rom*, in "Chiron", VII (1977), pp. 239 ss.

9 Serv. *Aen.* 11,500 (Thilo, II, 1884): DESILUIT *hoc ad Turni honorem refertur quattuor namque erant apud Romanos quae ad honorificentiam pertinebant, equo desilire, caput aperire, via decedere, adsurgere. hoc etiam praecones praeeuntes magistratus clamare dicebantur* ... . Il passo come riflesso di una sistematica dei gesti di onorificenza già compiutasi nella prima età classica. "Un texte théorique sur les formes de salutation constituant des marques de respect", "une liste qu'il présente comme exhaustive": Ph. Moreau, *Positions du corps, gestes et hiérarchie sociale à Rome*, cit., pp. 182 s.

10 Sen. *epist*. 64,10: *Si consulem videro aut praetorem, omnia quibus honor haberi honori solet faciam equo desiliam, caput adaperiam, semita cedam. Quid ergo? Marcum Catonem utrumque et Laelium Sapientem et Socraten cum Platone et Zenonem Cleanthenque in animum meum sine dignatione summa recipiam? Ego vero illos veneror et tantis nominibus semper assurgo*.

11 I testi di Servio e di Seneca, di cui parleremo, "laissent supposer une source commune, remontant à une sorte de 'liste canonique' des marques d' *honorificentia*", forse redatta nel milieu degli ausiliari dei magistrati: Ph. Moreau, *Positions du corps, gestes et hiérarchie sociale à Rome*, cit., p. 184. Ma altri testi mettono in relazione talune di queste quattro condotte con i magistrati; ad esempio: Plin. *epist*. 1,23,1; Suet. *Tib*. 31,5; *Claud*. 6,2; Plin. *nat.* 28,60; *de vir. ill.* 72.

Quattro gesti di onorificenza "dovuti" ai magistrati, ma non esclusivamente riservati a loro. Come ci apprende Cicerone, cedere il passo o levarsi in piedi facevano parte di un più ampio numero di segni di omaggio che appartenevano alla quotidianità della vita di relazione: "Effettivamente, i seguenti atti, che sembrano di poco conto e comuni, sono delle onorificenze *(honorabilia): essere salutati, essere avvicinati, vedersi cedere il passo, il fatto che qualcuno si alzi al nostro cospetto, ci faccia corteo, ci accompagni o ci consulti. Comportamenti che si osservano da noi come in altre città e con tanta maggiore cura quanto più sono città civili"*[12]. Cicerone elenca sette comportamenti rispettosi, ma certamente ce n'erano altri non ricordati[13]. E la mancata menzione – in questa prospettiva di gesti di ordinaria *politesse* – dello scendere da cavallo o del togliersi il copricapo, non dipende che dal carattere esemplificativo del testo[14].

Orbene, ciò che faceva la differenza tra i gesti onorifici per i magistrati e quelli riservati agli altri comuni mortali, era l'elemento della cogenza. Per i primi, l'obbligo di tali gesti era imposto da *mores* pubblici, sul cui rispetto vigilavano i littori[15]. Viceversa, nei confronti delle persone comuni, queste condotte obbedivano solo al galateo e all'etichetta, e la loro mancata osservanza poteva generare conseguenze sul piano delle relazioni personali, più gravi quando si trattava di gerarchizzazioni familiari e potestative (si pensi al rito complesso della *salutatio matutina* o, all'interno della famiglia, al mancato rispetto della collocazione spaziale o posturale del *pater* o degli anziani[16]).

Quanto all'obbligatorietà e alla cogenza per i magistrati, non ci sono dubbi. Basti ricordare il celeberrimo episodio dell'incontro, nel 213 a.C., tra il console Q. Fabio Massimo, e suo padre (proconsole o legato[17]) che avanza a cavallo. Quest'ultimo non scende a bella posta, per mettere alla prova la consapevolezza, nel figlio, della propria autorità di console. I littori non osano ordinare al padre di scendere da cavallo ma è lo stesso console che fa loro segno di intervenire. Il padre obbedisce e si congratula con il figlio[18]. Dunque, sono i littori di scorta, o lo stesso magistrato[19], ad ordinare a gran voce

12 Cic. *Cato*, 63: *Haec enim ipsa sunt honorabilia quae videntur levia atque communia, salutari, adpeti, decedi, adsurgi, deduci, reduci, consuli; quae et apud nos et in aliis civitatibus, ut quaeque optime morata est, ita diligentissime observantur*.

13 W. Kroll, *Die Kultur der ciceronischen Zeit,* II, cit., p. 185, segnala anche il *latus tegere*, il lasciare il lato destro quando si cammina affiancati.

14 Significativo è l'anedotto di Silla dittatore che si scopre il capo, si alza di sella e scende da cavallo per gratitudine nei confronti di Pompeo, ancora cittadino quasi comune (Val. Max. 5,2,9). Secondo Plut. *Crass*. 6, Silla, avvicinandosi a Pompeo, si alzava, si scopriva il capo e lo salutava come *imperator*; in *Pomp*. 8, quando Pompeo si avvicinava, Silla era solito alzarsi e toglier il lembo della toga dal capo. E Silla è dittatore quando manifesta queste gentilezze a Pompeo (così Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 398 nt. 1, che valorizza Sall. *hist*. 5,20.

15 Ed il senso dell'obbligatorietà aveva profonde e lontane radice nei *mores.* A tacer d'altro, il *solet* di Sen. *epist.* 64,10.

16 W. Kroll, *Die Kultur der ciceronischen Zeit,* II, cit., pp. 190 ss.

17 Non proconsole come, secondo Gellio 2,2,13, si leggeva in Claudio Quadrigario (*Hist. Roman. Rel.* 57 Peter). Per tutti T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, vol. 1, Cleveland, The Press of Case Western Reserve University, 1951 (rist. 1968), p. 265.

18 Gell. 2,2,13, che cita, come detto, Claud. Quadrigario; Liv. 24,44,10; con leggere varianti e semplificazioni, Val. Max. 2,2,4; Plut. *Fab*. 24; *apophth. Fab*. 7.

19 *De vir. ill*. 72.

il rispetto dei gesti di onorificenza[20]. A cui, palesemente, sono tenuti anche i magistrati di rango inferiore[21]. A proposito di rango, forse sono fatte salve alcune situazioni particolari, come quella degli edili, che, seppure sprovvisti (sembra) di littori, possono pretendere dai censori che si alzino[22] o analogo potere dei tribuni[23], per tacere dei senatori che, all'opposto, hanno il diritto di stare seduti al cospetto dei magistrati[24]. E forse lo stesso diritto avevano le donne[25].

3. L'epopea delle matrone

Lasciando in disparte il profilo cultuale e religioso dell'*ordo matronarum*[26], dal quale probabilmente è derivata la configurazione delle antiche matrone quale gruppo sociale di rilevanza politica non trascurabile, osserviamo piuttosto alcuni remoti eventi pubblici di cui esse sarebbero state protagoniste e per i quali avrebbero meritato importanti riconoscimenti[27]. "Honneurs rituels et privilèges publics", qualcuno li ha chiamati[28]. Giova osservare che, insieme, vengono a formare una specie di "statuto delle matrone", di "carta dei diritti" delle signore, dall'insolita forza espressiva se situato in epoca tanto risalente.

20 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 377.

21 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 398. Se hanno l'obbligo dei gesti di onorificenza verso i magistrati maggiori, al tempo stesso, seppure magistrati minori hanno il diritto alle onorificenze (Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 31 nt. 4).

22 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht,* I, cit., p. 386 nt. 4, sulla base di Suet. *Ner.* 4.

23 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 398 nt. 2.

24 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., pp. 396 s.

25 Cfr. *infra.*

26 Per tutti, J. Gagé, *Matronalia*. *Essai sur les dévotions et les organisations cultuelles des femmes dans l'ancienne Rome*, Bruxelles, Latomus, 1963. L'esatta identificazione delle *matronae* dell'epoca più antica si perde tra le sterili etimologie classiche [(*matrona* da *matrimonium,* da *mater* (ma di un solo figlio), *matrona* in contrapposizione a *virgo* ecc.), per cui v. Gell. 18,6,4-8; Serv. *Aen*. 9,215; 11,476)] e segni identitari (vesti, acconciature, gioielli). Qualche osservazione sulla etimologia in R. Fiori, "*Materfamilias*", in "BIDR" 96-97 (1993-1994), p. 455. In generale, sul concetto di *ordo* si veda B. Cohen, *La notion d'ordo dans la Rome antique*, in "Bulletin de l'association de G. Budé", IV (1975), pp. 259 ss.; e sui simboli di stato, F. Kolb, *Zur Statussymbolik im antike Rom*, cit., pp. 239 ss. Quale gruppo sociale politicamente influente, in sintesi estrema, P. Bonfante, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Milano, Giuffrè, 1963², pp. 54 s. Spunti in N. Boëls-Janssen, *Le statut matronal, enjeu du conflit entre la plèbe et le patriciat*?, in "REL", LXXXVIII (2010), pp. 106 ss.

27 Qualche informazione su alcune risalenti azioni movimentistiche femminili in L. Peppe, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana,* Milano, Giuffrè, 1984, pp. 80 s.; F. Goria, *Il dibattito sull'abrogazione della lex Oppia e la condizione giuridica della donna romana*, in *Atti del convegno nazionale di studi su La donna nel mondo antico*, a cura di R. Uglione, Torino, Regione Piemonte, 1987, p. 266 nt. 7. Ampiamente sull'ambasciata a Coriolano e la struttura delle primitive manifestazioni matronali, J. Gagé, *Matronalia*, cit., pp. 111 ss. *Ibidem*, pp. 180 ss, sulla mobilitazione per l'oro gallico.

28 J. Gagé, *Matronalia*, cit., pp. 154 ss.

Cominciamo dall'evento più antico. Siamo nel pieno della guerra "tra i Romulidi, il vecchio Tazio e i severi abitanti di Curi" come dice Virgilio[29]. Le *mulieres Sabinae*[30], che, come è stato detto, rappresentano l'archetipo delle *matronae* romane[31], intervengono *oratrices pactis et foederibus*[32] per dissuadere – i padri e i fratelli da una parte e i mariti dall'altra – dal continuare il lacerante conflitto. Il loro spettacolare intervento porta la pace. Tralasciando gli accordi propriamente costituzionali tra Romani e Sabini[33], apprendiamo da Plutarco di un accordo tra i capi dei due popoli che esenta le donne dal lavoro e dai servizi, tranne la filatura della lana[34]. Su questa testimonianza – che costruisce come un privilegio la tradizionale esclusione dal lavoro delle romane di rango – sono sorprendentemente scarse le riflessioni degli studiosi. Plutarco[35] aggiunge che altri segni di onore furono concessi alle donne, tra cui la proibizione per gli uomini di usare al loro cospetto un linguaggio scurrile, di esibire la nudità del corpo, e, tra l'altro, ἐξίστασθαι μὲν ὁδοῦ βαδιζούσαις, "cedere la via alle donne che passano". Sanzione comune per queste infrazioni, la possibilità di agire davanti ai giudici dell'omicidio[36]**.** Tra un momento ritorneremo sul punto.

Un accenno ai carpenti e ai pilenti e all'alterno privilegio attribuito alle matrone di andare in carrozza, tra doveri cultuali e libertà di movimento. Secondo Ovidio, prima abbiamo le *ausoniae matres* che potevano scorazzare sui carpenti. Poi questo *honor* è tolto e le matrone, d'accordo, decidono di non dare più discendenti ai loro ingrati mariti e coerentemente ricorrono a crudeli forme abortive. Plutarco accredita piuttosto una specie di sciopero dell'amore sul modello della Lisistrata di Aristofane[37]. Comunque si dice che i senatori, dopo aver redarguito le donne sposate, abbiano restituito lo *ius exemptum*[38]. Questo racconto ovidiano è apparso per molti versi sospetto[39], a vantaggio di quanto affermano Livio e Festo che assegnano alle matrone il privilegio delle carrozze per avere donato il loro oro al fine di compier il voto fatto da Camillo ad Apollo Pizio a proposito della presa di Veio. Racconta lo storico che fu conseguito dalle matrone l' *honor* "di

29 Verg. *Aen*. 8,639, trad. di L. Canali.

30 Liv. 1,13,1.

31 J. Gagé, *Matronalia*, cit., p. 155. Cic. *rep.* 2,13: *matronis ipsis quae raptae erant orantibus*.

32 Cic. *rep*. 2,14.

33 Tra cui le trenta curie chiamate con i nomi delle coraggiose donne come afferma Liv. 1,13 e Plut. *Rom*. 20,2.

34 Plut. *Rom.* 19,7, già in 15,4.

35 Plut. *Rom*. 20,3.

36 Plut. *Rom*. 20,3: ἢ δίκην φεύγειν παρὰ τοῖς ἐπι᾽ τῶν φονικῶν καθεστῶσι. Non c'è ragione di limitare la sanzione al solo caso di esibizionismo.

37 Plut. *Quaest. Rom*. 278 B. Cfr. il commento di J. Boulogne, ed. Les Belles Lettres, p. 359.

38 Ov. *fast*. 1,619-626: *nam prius Ausonias matres carpenta vehebant/ (haec quoque ab Euandri dicta parente reor);/ mox honor eripitur, matronaque destinat omnis/ ingratos nulla prole novare viros,/ neve daret partus, ictu temeraria caeco/ visceribus crescens excutiebat onus./ corripuisse patres ausas immitia nuptas,/ ius tamen exemptum restituisse ferunt.*

39 Secondo J. Gagé, *Matronalia*, cit., pp. 157 s. non sarebbe altro che αἴτιον della seconda festa dei *Carmentalia*. O del santuario di *Carmenta* (Plut. *Quaest. Rom*. 278 B).

servirsi del pilento per i *sacra* e i giochi, e del carpento per tutti i giorni fasti o no"[40]. In ogni caso, nelle fonti antiche più tarde, non è compatta l'idea che il *pilentum* servisse per le funzioni sacre[41]. L'immagine virgiliana dei "molli" pilenti usati dalle *matres* ci sembra poco consona a vetture rituali[42], invece *pumpaticum* è piuttosto definito il carpento[43]. Comunque sia, l'onore della carrozza (non quella "cultuale") sarebbe stato soppresso dalla legge Oppia perché "lussuoso"[44] e poi restituito[45]. Tralasciamo le successive vicende del diritto alla carrozza[46] che forse nasconde sul piano simbolico un aspetto non irrilevante della questione femminile romana, non sufficientemente considerato dal vasto e devoto stuolo degli studiosi di questo tema. La carrozza come "luogo franco" per la donna, che la esime dall'obbligo di *adsurgere* al cospetto di un magistrato, e la franchigia che si estende anche al coniuge che l'accompagna. Ce ne parla un testo di Festo, corrotto ma agevolmente integrabile con l'epitome di Paolo Diacono: "le matrone non possono essere spostate dai magistrati perché non sembrino colpite, toccate, né, se gravide, scosse. Per questo motivo, dice Verrio, neppure i loro mariti che siedono con le mogli sono costretti a scendere dal carro quando trasportati da un comune veicolo"[47]. Va segnalata la lettura estensiva che Mommsen dà del passo, nel senso che le matrone sarebbero state esentate dal compiere ogni gesto di onorificenza al cospetto dei magistrati[48]. Forse in quanto "intoccabili" da mano estranea, e quindi tutelate da ogni azione coercitiva su di loro[49]. Niente "cariche" littorie contro di loro, quindi. Se mai, erano loro ad avere i littori,

40 Liv. 5,25,9: *Pecunia ex aerario prompta, et tribunis militum consularibus ut aurum ex ea coemerent negotium datum. Cuius cum copia non esset, matronae coetibus ad eam rem consultandam habitis communi decreto pollicitae tribunis militum aurum et omnia ornamenta sua, in aerarium detulerunt. Grata ea res ut quae maxime senatui unquam fuit; honoremque ob eam munificentiam ferunt matronis habitum ut pilento ad sacra ludosque, carpentis festo profestoque uterentur*. La tradizione liviana trova conferma in Fest. sv. *Pilentis* (282 L.): *Pilentis et carpentis per urbem vehi matronis concessum est, quod, cum aurum non reperiretur, ex voto quod Camillus voverat Apollini Delphico, contulerunt*. V. anche Paul.-Fest. sv. *Matroni<s> aurum redditum* (138 L.).

41 Questo sembra ricavarsi da Macr. *sat*. 1,6,15. Solo la *castae matronae* lo potevano usare ed aveva colori distintivi: Isid. *orig*. 20,12,4.5.

42 Verg. *Aen*. 8,666. V. Serv. *Aen.* 8,666 e *Georg*. 2,349.

43 Isid. *orig*. 20,12,3.

44 Liv. 5,25,9; 34,1,4.

45 Liv. 34,1-8.

46 Forse l'ultimo atto va cercato nei "ridicoli senatoconsulti" sulle matrone, emanati per influenza della madre di Eliogabalo, su cui Lamp. *Heliog*. 4,4.

47 Fest. *Matronae* (142 L.): *Matronae a magistratibus non summovebantur, ne pulsari contractarivi videntur, neve gravidae concuterentur. Ob quam etiam causam ait Verrius neque earum viros sedentes cum uxoribus de essedo escendere coactos a magistratibus, quod communi vehiculo vehitur vir et uxor*.

48 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht,* I, cit., p. 397 nt. 1. Depone per questa lettura il posizionamento della nota (ove il grande studioso afferma che "Frauen sind auch hier ausgenommen"), sul tema dei gesti onorifici per i magistrati.

49 Val. Max. 2,1,5: *Sed quo matronale decus uerecundiae munimento tutius esset, in ius uocanti matronam corpus eius adtingere non permiserunt, ut inuiolata manus alienae tactu stola relinqueretur*. Cfr. C. Cascione, *Matrone " vocatae in ius' tra antico e tardo antico"*, in *Donne famiglia e potere in Grecia e a Roma. Studi per E. Cantarella*, in "Index", XL (2012), pp. 238 ss.

come senz'altro li hanno avuti fin dalle origini[50] le vestali e in età del principato, talune signore della *domus* imperiale[51].

4. *Ut matronis semita viri cederent*

E veniamo alla mobilitazione per la vicenda di Coriolano. Come premio per averlo convinto a togliere l'assedio a Roma e per avere dimostrato quanto la stola potesse più della spada, le matrone ottengono per senatoconsulto importanti onori. Valerio Massimo ricorda la nuova insegna delle *vittae* che si aggiunge ai vecchi orecchini, menziona la stola (forse lo *ius stolae* della tradizione successiva[52]?), le vesti purpuree e gioielli d'oro; e, ciò che per noi più conta, il senato *sanxit namque ut feminis semita uiri cederent*[53].

Prima Plutarco (con riferimento alle donne sabine, romanizzate con una *vis* a quanto pare *grata*) e ora Valerio Massino (con riguardo alle matrone scese in campo per Coriolano), ci propongono con espressioni sinonime ἐξίστασθαι μὲν ὁδοῦ βαδιζούσαις,[54] e *feminis semita cederent*[55]) una antica tradizione che rinvia all'obbligo per gli uomini di cedere il passo alle matrone. "Cedere (*cedere*, più usato *decedere*) il marciapiede (*semita*) o la via (*via*)" significa "cedere il passo", nel senso spaziale di "cedere il passaggio"[56]. Quella di Valerio Massimo è la sola testimonianza, nella lingua di Roma, riferita alle matrone, ma non mancano altri documenti dell'espressione *(de)cedere via*, *(de)cedere semita*, riferita a svariati contesti, soprattutto per indicare il gesto d'onore ai magistrati[57]. Il suo significato di "cedere il passo" ad una matrona, nel senso traslato di "lasciarla andare davanti", "starle dietro" rispetto alla sua posizione in uno spazio pubblico, ci pare una opportuna precisazione. Quanto al "significato onorifico" di questo gesto, non resta

50 Plut. *Num.* 10,3.

51 Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, I, cit., p. 391 con note.

52 Paul.-Fest. sv. *Matronas* (112 L.).

53 Val. Max. 5,2,1 (secondo l'ed. di C. Kempf, Btl): *in quarum honorem senatus matronarum ordinem benignissimis decretis adornauit sanxit namque ut feminis semita uiri cederent, confessus plus salutis rei publicae in stola quam in armis fuisse, uetustisque aurium insignibus nouum uittae discrimen adiecit. permisit quoque his purpurea ueste et aureis uti segmentis*.

54 *A Greek-English Lexicon* compiled by H.G. Liddell and R. Scott (…), Oxford, At the Clarendon Press, rist. 1983[9], sv. ἐξίστημι, B,1. "make way for".

55 *Th. l.l.* sv. *cedo*, II A "*locum dare*", 1, col. 721 lin. 40.

56 Cfr. A. Ernout, *Plaute, Trinummus*, Les Belles Lettres, Paris 1961[2], tom VII, vv. 480-482. Su questa distinzione l'a. con espressioni sinonime ἐξίστασθαι μὲν ὁδοῦ βαδιζούσαις, e *feminis semita cederent*) richiama (p. 44 nt. 1) anche Plaut. *Curc*. 284 s.

57 Plaut. *Trinum*. 480 s.: *decedam ego illi de via, de semita,/ de honore populi* …; Plaut. *Anph*. 984 s.: *Concedite atque abscedite omnes, de via decedite,/ nec quisquam tam audax fuat homo, qui obviam obsistat mihi.;* 990: *quam ob rem mihi magis par est via decedere et concedere*; Liv. 40,58,1: *ne decederent viam*; Cic. rep. 1,67: *de via decedendum sit*; Sen. Rhet. 1,2,3 *recta via decedere;* Sen. *epist*. 64,10: *semita cedam* con riferimento al magistrato; Quint. *inst. or.* 4,5,5: *via dicendi non decedere*; Suet. *Tib*. 31,2: *assurgere et decedere via*; Suet. *Nero*, 4,1: *immitis censorem M. Plancum via sibi decedere aedilis coegit*; Serv. *Aen*. 11,500: *equo desilire caput aperire, via decedere, adsurgere*.

che rinviare alla riflessione condotta in letteratura sull'analogo atteggiamento riservato ai magistrati[58].

5. Quel poco che resta, in età avanzata, dell'antico "posizionamento" matronale. *Maior dignitas est in sexu virili*

Nel commento ulpianeo all' Editto, tra i vari casi in cui il pretore concede l'*a*. *iniuriarum* è segnalato quello di chi allontana il *comes* di una *matronali habitu femina*[59]. Ulpiano, richiamando Labeone, spiega chi è un *comes*:

> Comitem accipere debemus eum, qui comitetur et sequatur et (ut ait Labeo) sive liberum sive servum sive masculum sive feminam: et ita comitem Labeo definit "qui frequentandi cuiusque causa ut sequeretur destinatus in publico privatove abductus fuerit". Inter comites utique et paedagogi erunt[60].

Gli accompagnatori della donna – che possono essere persone di qualsiasi stato e genere, liberi, schiavi, uomini e donne – non le stanno di fianco o davanti, ma la seguono. L'allontanamento forzato o capzioso di uno del seguito costituisce oltraggio alla donna soprattutto se in abito matronale[61]. E' di tutta evidenza che a noi interessa mettere in relazione il "seguito", o il "codazzo" della donna che va in giro all'epoca di Labeone ed Ulpiano, con l'antico diritto a vedersi *cedere semita*, a "stare davanti". In questo contesto si colloca anche la figura dell'*adsectator,* l'adescatore che agisce alle spalle (*sector* è un rafforzativo di *sequor*)[62].

58 Si legga quanto scrive in proposito Ph. Moreau, *Positions du corps, gestes et hiérarchie sociale à Rome*, in *Corps Romains*, cit., p. 197: "… *via decedere*, comme dit Servius, ou *loco cedere*, come disent d'autres auteurs, ne met en jeu que la position relative des corps dans l'espace, dans un plan horizontal. La conduite est difficile à analyser, mais il me semble que deux prépositions-préverbes, *ob* et *praeter*, permettent de la saisir: la conduite respectueuse consiste à ne se trouver jamais *ob,* sur le passage du magistrat (on sait que *ob* a une valeur spatiale, mais aussi une valeur latente d'empechement), et à lui permettre de *praeterire* (là aussi, *praeter* a une signification spatiale, mais marque également l'absence de prise en considération)".

59 Una citazione dell'editto del pretore sull'*appellatio* e la *comitis abductio* si vuole contenuta in D. 47,10,15,15 (Ulpianus [77] <57> *ad ed*.): *Si quis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas, minus peccare videtur multo minus, si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent. si igitur [non] matronali habitu femina fuerit et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit, iniuriarum tenetur*. Si aggiunga che Ulpiano in precedenza aveva indicato, come esempio di un'*iniuria* fatta alla dignità, *cum comes matronae abducitur* (D. 47,10,1,2 Ulpianus 56 *ad ed*.). Su questo testo assai disputato ci limitiamo alla doverosa citazione di A. Guarino, *Le matrone e i pappagalli*, da *Inezie di giureconsulti*, Napoli, Jovene, 1978, pp. 165 ss.

60 D. 47.10.15.16 (Ulpianus [77] <57> *ad ed.*). Il passo commenta la clausola edittale riferita nel paragrafo precedente.

61 *Iniuria ad dignitatem* (D. 47,10,1,2 Ulpianus 56 *ad ed*.).

62 Forcellini, *Lexicon*, I, p. 349.

Per concludere, vediamo ancora un passo di Ulpiano che introduce D. 9,1 *de senatoribus*. Un titolo abbastanza disorganico sull' *ordo senatorius*, sulle differenti *dignitates* e le loro estensioni a figli e mogli[63].

Questo leggiamo nel principio del frammento: "nessuno dubita che un uomo di rango consolare debba essere anteposto ad una donna di rango consolare. Ma si può discutere se un uomo prefettorio sia anteposto a una donna consolare. Ritengo che lo sia perché nel sesso maschile vi è maggiore dignità" (*consulari feminae utique consularem virum praeferendum nemo ambigit. sed vir praefectorius an consulari feminae praeferatur, videndum. putem praeferri, quia maior dignitas est in sexu virili*)[64].

Del passo è celeberrima l'estrapolazione della massima *maior dignitas est in sexu virili*, portatrice nei secoli del vincente messaggio maschilista circa la "superiorità" del sesso maschile[65] ma che in origine questo non significa[66]. Un altro elemento di curiosità è nel paragrafo 1, là dove si afferma che si intende per donne consolari le mogli dei consolari. Saturnino aggiunge anche le madri dei consolari, ma, secondo Ulpiano, è un'idea tutta e solo sua, fuori dallo spazio e dal tempo (*Consulares autem feminas dicimus consularium uxores: adicit Saturninus etiam matres, quod nec usquam relatum est nec*

63 Letteratura al minimo: H.-G. Pflaum, *Titulature et rang social sous le Haut-Empire*, in *Recherches sur les structures sociales dans l'Antiquité classique*, Caen 25-26 aprile 1969, Paris, Centre National de la recherche scientifique, 1970, pp. 159 ss.; G. Alföldi, *Römische Sozialgeschiche*, Wiesbaden, Steiner, 1984[3]; H. Löhken, *Ordines Dignitatum. Untersuchungen zur formalen Konstituierung der spätantiken Führungsschicht*, Köln, Wien, Böhlau Verlag, 1982; nello specifico dello statuto dei senatori e delle loro famiglie, A. Chastagnol, *Le senat romain à l'époque imperiale*, Paris, Les Belles Lettres, 1992, pp. 169 ss. Dello stesso a., *Les femmes dans l'ordre sénatorial. Titulature et rang social,* in "RH", CIII nt. 262 (1979), pp. 3 ss.; M. Th. Raepsaet-Charlier, *Clarissima femina*, in "RIDA", XXVIII (1981), pp. 189 ss.

64 D. 1,9,1 *pr*. Ulpianus 62 *ad ed*. Sul passo si soffermano appena, in questa prospettiva di "precedenze dignitarie", M. Th. Raepsaet-Charlier, *Clarissima femina*, cit., p. 197 nt. 46; A. Chastagnol, *Le senat romain à l'époque imperiale*, cit., p. 184; P. Giunti, *Il ruolo sociale della donna romana in età imperiale, tra discriminazione e riconoscimento*, in *Donne famiglia e potere in Grecia e a Roma. Studi per E. Cantarella,* cit., p. 141. Per la più acuta, ma ormai negletta, lettura del testo si veda Marii Salomonii Albertischi Iureconsulti (…) *in librum Pandectarum Iur. Ci. commentariolii* (…), Basilea, Andreas Catander, MDXXX (dalla pref.), 44. Questo a. dimostra anzitutto infondata la tesi di Bartolo secondo cui la *quaestio* ulpianea sarebbe tra marito di rango prefettorio e moglie di rango consolare: la moglie acquista sempre la dignità del marito, anche se meno elevata di quella della sua di origine. Inoltre, secondo Ulpiano, nel rapporto tra gradi onorifici maschili e femminili prevarrebbe sempre quello maschile anche se inferiore a quello femminile. La celebre frase "quia maior est in sexu virili dignitas" (scilicet praefectoria) questo significherebbe, limitando il *privilegium sexus* alle sole dignità istituzionali.

65 E. Koch, *Maior dignitas est in sexu virili. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1991.

66 Così Marii Salomonii Albertischi Iureconsulti (…) *in librum Pandectarum Iur. Ci. commentariolii* (…), cit., 44: "Ulpianus ait: Et puto praeferri, quia maior dignitas est in sexu virili (…). Et propterea accipienda haec verba arbitror, quia maior est in sexu virili dignitas scilicet praefectoria quam in mulieri consularis. & hic sine lite sensus est".

umquam receptum[67]). Tant'è vero che, nella tradizione successiva, si è formato l'uso di dire *excepto Saturnino* per sottolineare che un'opinione è universalmente condivisa[68].

Ma veniamo al punto che ci interessa. *Praeferre*, nel contesto del titolo giustinianeo, *pertinet ad locum*, non *ad aestimationem*, come scandisce il *thesaurus l.l. Praeferre* vale "anteporre" sul piano della scacchiera delle *dignitates*[69]. E se così è, dobbiamo prendere atto che, dopo tanti secoli, le donne di rango[70] non stanno più *davanti* a tutti gli uomini (forse anche ai magistrati), come in quella lontana "età matronale degli onori", di cui si è detto, bensì *dietro* agli uomini. Anche se si tratta di donne con dignità consolare esse vengo posposte non solo ai consolari ma anche ai prefettorii. Per esempio a teatro, dove conduce il testo nella versione dei Basilici: "Non solo un consolare ma anche un prefetto è anteposto (προτιμᾶται), nei posti di prima fila (ἐν ταῖς προεδρίαις) ad una donna consolare: maggiore è infatti la *dignitas* nel sesso maschile[71]".

Precedenza o prelazione? Una diversa lettura del passo vuole che Ulpiano non si stia occupando di dignità nel senso di gradi onorifici bensì di chi debba essere preferito – tra un *consularis*, un *praefectorius e una uxor consularis* – nel procedimento di aggiudicazione dei beni di un debitore. Questa opinione è già presente nella Glossa Ordinaria[72], è rilanciata come nuova da Lenel[73], e ripresa da qualche studioso moderno[74]. Effettivamente, nel libro 62 *ad edictum*, da cui proviene il brano, il giurista si è occupato *anche* (non solo) della *bonorum venditio*[75]. Ma, in ogni caso, almeno nella declinazione giustinianea del passo, si tratta di precedenza e non di prelazione[76].

Non abbiamo trovato altro sulla sopravvivenza dell'antico obbligo maschile di "cedere il passo" alle donne. Forse per educazione si continuava a farlo come (talvolta) lo si fa oggi. Ma ormai la concezione imperante era appunto che *maior dignitas est in sexu virili*. Donne, dietrofront.

67 D. 1,9,1,1.

68 Baldi Ubaldi Perusini (…) *Primum, Secundum, Tertium Cod. Lib. Commentaria* (…), Venetiis, L.A., MDLXXVII, fl. 12, par. 13. Ma si legga quanto Cuiacio scrive a difesa di questa affermazione di Saturnino in *In Tit. XIV De Iure Fisci Lib. XLIX Digest., ad. L. XVIII,* in *Opera*, VI, Prati 1838, col. 1508; ed anche A. Chastagnol, *Le senat romain à l'époque imperiale*, cit., p. 184.

69 Utile è il raffronto con C. 12,8 *Ut dignitatum ordo servetur*, ed in particolare con C. 12,8,2,2 ed espressioni come *primo loco haberi*, *non quaestorius praefectorio praeponatur* e simili.

70 A dispetto del fatto che i consolari precedono i prefettorii (C. 12,3; C. 12,4) *quia nihil est altius dignitate* (C. 12,3,1,2).

71 B. 6,1,1=D. 1,9,1.

72 A margine di D. 1,9,1, Viviano, nella Gloss. *Consulari*, ricorda che in D. 22.4.6 l'uomo è preferito alla donna *de tabulis testamenti deponendis*; Accursio figlio, nella Gloss. *Praeferendum,* menziona Gaio D. 42,5,16 e le preferenze per l'aggiudicazione dei beni del debitore.

73 Tit. XXXIX. § 217 (O. Lenel, *EP*[3], p. 426).

74 Per tutti, P. Orso, *Sul problema di un residuo attivo nella bonorum venditio*, in "SDHI" 60 (1994), p. 265.

75 O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis,* Volumen alterum, Leipzig 1889, coll. 789 ss. Che Ulpiano in altri luoghi della sua opera abbia prestato attenzione all'*ordo senatorius* ed in particolare alle *feminae clarissimae* e relativa *dignitas*, si vede da uno sguardo complessivo a D. 1,9 in particolare a D. 1,9,8 (Ulpianus *libro sexto fideicommissorum*).

76 Così anche, quelche secolo prima di noi, Marii Salomonii Albertischi Iureconsulti (…) *in librum Pandectarum Iur. Ci. commentariolii* (…), cit., 44.

Abstract

Recent investigations dwelled on gestures of deference owed to magistrates (such as giving way, dismounting from a horse, removing one's hat, standing up; principal sources: Serv. *Aen*. 11, 500; Sen. *epist*. 64, 10) or other citizens (such as *salutatio matutina*, table seats etc.), with the difference that the former are juridically obligatory, the latter are only so socially. On the other hand, very little attention has been granted to an old article giving way to *matronae* over men, on which Plut. *Rom.* 20,3 e Val. Max. 5,2,1 (*feminis semita viri cederent*). At a later age, a few references to the ancient "positioning" of *matronae* are found in the Digest, particularly in an excerpt by Ulpian, in D. 1,9,1, best known for the famous sentence *maior dignitas est in sexu virili.* According to the illuminating interpretation of Mario Salomonio degli Alberteschi, Ulpian's *quaestio* should be read in terms of institutional dignities, instead of pre-emption rights in trials of adjudication. According to the scholar, men would "stay ahead" of women (*virum praeferendum*) even if they were inferior to them. Stressing the spatial meaning of the verb *praeferre* over that of "to prefer", we suggest that already in Ulpian's age, high-ranking women had lost their place ahead of men (perhaps even ahead of magistrates), which they had in the "matronal age of honor". Even in the case of women with consular dignity, they would be preceded not only by *consulares* but also by *praefectorii*. For instance, this happened in theatre, as it appears in the Ulpianean text's version of B. 6,1,1.

DECLAMARE LE DODICI TAVOLE: UNA PARAFRASI DI *XII TAB*. V, 3 NELLA *DECLAMATIO MINOR* 264

Dario Mantovani* **

1. La *declamatio minor* 264 attribuita a Quintiliano contiene una testimonianza delle XII Tavole (V, 3) finora non riconosciuta. Il modo in cui il declamatore parafrasa la norma decemvirale permette anche di svolgere alcune osservazioni di metodo.

Le declamazioni, in particolare le *controversiae*, cioè le orazioni giudiziarie elaborate come esercizio nelle scuole di retorica si rivelano sempre più una fonte preziosa per lo studio del diritto romano. La loro importanza non risiede, come a lungo s'è pensato, nelle corrispondenze più o meno dirette con istituti e norme vigenti. Sono invece gli argomenti svolti dai declamatori a sostegno delle proprie tesi a meritare la maggiore attenzione. Se si segue il filo delle dimostrazioni scolastiche (anche quelle destinate ad applicare *leges* immaginarie a fatti romanzeschi) si incontrano infatti interpretazioni e ragionamenti che coincidono con quelli dei giuristi romani classici (e che senz'altro i declamatori hanno tratto da essi). Le *declamationes* lasciano così intravvedere il modo più articolato in cui le opinioni dei *iuris prudentes* dovevano essere presentate dagli oratori – nel combattimento con altre *sententiae* divergenti, e alla prova dei fatti di causa – per riuscire a imporsi alla coscienza dei giudici e informarne la decisione. L'inserimento in un più ampio contesto argomentativo permette di apprezzare in modo più diretto i valori e le motivazioni sottesi ai ragionamenti dei giuristi, che la scrittura giurisprudenziale tende invece per brevità a ridurre all'essenziale, quando non a occultare. Mancando quasi completamente testimonianza dell'oratoria giudiziaria nell'età del Principato, le esercitazioni scolastiche aprono uno spiraglio sul funzionamento in concreto del sistema giuridico romano[1].

1 J. Dingel, *Scholastica materia. Untersuchungen zu den Declamationes minores und der Institutio oratoria Quintilians*, Berlin-New York 1988, pp. 2-5; D. Mantovani, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII*, in D. Mantovani–A. Schiavone (a c. di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, pp. 323-385. Questo modo di intendere il rapporto fra diritto romano e declamazioni è in consonanza, a mio avviso, con il rinnovato interesse per le declamazioni come genere destinato non solo alla formazione tecnica dei giovani dell'*élite*, ma anche

* Professore ordinario di diritto romano, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pavia; Direttore del Cedant, Pavia.

** Dedico con amicizia a Laurens Winkel.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 597-605

Sul piano culturale, d'altra parte, la contiguità con la giurisprudenza rivelata dalle *declamationes* è segno preciso dei comuni percorsi formativi e dell'omogeneità culturale che caratterizzavano l'*élite* da cui provenivano sia i *patroni causarum* sia i giuristi nei primi due secoli dell'Impero, periodo al quale risalgono le principali raccolte di *declamationes* giunte fino a noi[2]. Una contiguità che, reciprocamente, fa comprendere perché i giuristi fossero ben in grado di muoversi sul terreno della topica, della letteratura e della filosofia morale, di cui avevano avuto esperienza nella loro formazione retorica.

L'esplorazione delle *declamationes* richiede tuttavia di tenere presente il genere cui appartengono. L'avvertenza, valida per ogni documento letterario, lo è soprattutto in questo caso, proprio perché le *declamationes* erano esercizi composti (da maestri e allievi) come parte integrante della pedagogia retorica[3]. L'artificiosità, l'imitazione dei modelli, l'adesione alle regole del genere erano deliberatamente accentuate, costituivano per così dire la ragion d'essere delle *declamationes*, che non miravano a convincere una giuria o a guidare un consesso in una deliberazione. La differenza di funzione rispetto a un'*oratio* reale è ben espressa dal motto secondo cui chi prepara una declamazione lo fa per piacere, non per vincere (*qui declamationem parat, scribit non ut vincat sed ut placeat*)[4].

Una delle caratteristiche in cui si manifestava la natura pedagogica e artificiosa di queste *domesticae exercitationes*[5] era l'accentuata intertestualità, cioè il rapporto con i modelli letterari: confinate entro una dimensione puramente discorsiva, le orazioni

alla trasmissione intergenerazionale di valori tradizionali e di modelli di comportamento: su queste nuove prospettive, vd. per tutti D. van Mal-Maeder, *La fiction des déclamations*, Leiden-Boston 2007, 1 ss. (che ben individua l'*univers fictionnel* e critica le prospettive di lettura che pretendono di discernere "le vrai du faux") e M. Lentano, *Die Stadt der Gerichte. Das Öffentliche und das Private in der römischen Deklamation*, in A. Haltenhoff, A. Heil, F.-H. Mutschler (a c. di), *Römische Werte und römische Literatur im frühen Prinzipat*, Berlin-New York 2011, pp. 209-232.

2 Per le declamazioni come "the centerpiece of the education received by all adolescents who continued their schooling beyond the grammaticus' instruction in language and poetry", vd. per tutti R.A. Kaster, *Controlling Reason. Declamation in Rhetorical Education at Rome*, in Y.L. Too (ed.), *Education in Greek and Roman Antiquity*, Leiden-Boston-Köln 2001, pp. 317-337 (citazione, ivi p. 319) e A. Stramaglia, *Come si insegnava a declamare? Riflessioni sulle "routines" scolastiche nell'insegnamento retorico antico*, in L. Del Corso–O. Pecere (a c. di), *Libri di scuola e pratiche didattiche. Dall'antichità al Rinascimento. Atti del congresso internazionale (Cassino, 7-10 maggio 2008)*, Cassino 2010, pp. 111-151.

3 W.M. Bloomer, *Roman Declamation The Elder Seneca and Quintilian*, in W. Dominik–J. Hall (edd.), *A Companion to Roman Rhetoric*, Chichester 2010, p. 299.

4 Il detto è attribuito a Votienus Montanus (Sen. *contr*. 9 praef. 1); nel contesto, l'oratore imputava a questa finalità la proclività dei declamatori ad avvalersi di espedienti estetici, riducendo l'argomentazione a favore delle frasi sentenziose e delle digressioni gradite all'uditorio (*sententiis, explicationibus audientis delinire contentus est*).

5 Così le chiama Sen. *contr*. 3 praef. 1. Ciò non toglie che le declamazioni più compiute (non le *minores* attribuite a Quintiliano, che sono per lo più dei semplici abbozzi) potessero essere recitate davanti a un pubblico di appassionati. Cfr. M. Imber, *Practised speech Oral and written conventions in Roman declamation*, in J. Watson (ed.), *Speaking Volumes. Orality and Literacy in the Greek and Roman World*, Leiden-Boston-Köln 2001, pp. 199-216; van Mal-Maeder, *La fiction des déclamations* cit., pp. 29 ss.

scolastiche avevano in altri testi il loro referente più consono. Nei loro esercizi, i declamatori attingevano a un ampio repertorio culturale, che trasformavano sia in ornamento sia in argomento[6]. I discorsi erano perciò trapunti di allusioni, reminiscenze e richiami, che il lettore coglieva e tanto più apprezzava quanto più abilmente fossero stati rielaborati, cioè quando il semplice riuso e imitazione lasciava spazio all'emulazione dei modelli (anche poetici, come Virgilio e Orazio, pronti ad essere trasformati in prosa declamatoria)[7].

Lo stesso atteggiamento, di appropriazione, camuffamento, allusione, presa di distanza, emulazione, era intrattenuto dai declamatori verso il diritto: benché le *controversiae* fossero simulazioni di arringhe giudiziarie, pur sempre il declamatore doveva sforzarsi di conservare lo sfasamento di piani fra la realtà del diritto vigente e la sua ombra letteraria[8]. L'uso delle declamazioni come documento dell'esperienza giuridica romana richiede dunque di calcolare, di volta in volta, questo sfasamento, ossia di individuare per ogni testo la misura e la ragione del *décalage*. Il che, per la verità, non sempre avviene adeguatamente.

Gli elementi carpiti dal declamatore subivano un processo di slittamento e di appropriazione, che produceva lo spostamento dei tratti di partenza e la loro ricomposizione nel contesto nuovo. Quest'operazione è particolarmente interessante, per la storia del diritto, quando a essere rielaborate sono *leges publicae.* Il luogo dove la trasformazione delle *leges* avviene in modo più sistematico è il *thema*, che descrive in sintesi i fatti ed enuncia la norma secondo cui devono essere qualificati. La *lex declamationis* alla stregua della quale il *declamator* dovrà sostenere le sue ragioni davanti all'immaginario giudice è spesso del tutto artefatta; talvolta si richiama, invece, a una *lex publica* romana. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, la declamazione mantiene rispetto all'originale la distanza imposta dal genere letterario, in bilico fra finzione e realtà: la *lex declamationis* modifica di proposito i *verba legis*, fonde più *capita* in un'unica disposizione, non s'adagia insomma pedissequamente sul modello, ma gareggia con il legislatore con l'intento

6 "Declamation is neither Roman law, Ciceronian oratory, Senecan ethical philosophy, nor novelistic fiction, but instead a composite genre that appropriates elements of each": così N.W. Bernstein, *Ethics, Identity, and Community in Later Roman Declamation*, Oxford 2013, p. 5.

7 Vd. per tutti R. Tabacco, *Povertà e ricchezza. L'unità tematica della declamazione XIII dello Pseudo-Quintiliano*, in *Materiali e contributi per la storia della narrativa greco-latina* II (1978), pp. 37 ss., spec. 59 ss.; van Mal-Maeder, *La fiction des déclamations* cit., pp. 65 ss., spec. 82 ss. (sui rapporti con la poesia); W.M. Bloomer, *Roman Declamation The Elder Seneca and Quintilian*, in *A Companion to Roman Rhetoric* cit., pp. 297 ss. Vd. Tac. *dial.* 20.5: *Exigitur enim iam ab oratore etiam poeticus decor.*

8 Iuv. 7.172-3 (*vitae diversum iter ingredietur / ad pugnam qui rhetorica descendit ab umbra*) contrappone l'ombra della scuola di retorica alle vere battaglie forensi. La metafora può essere estesa a indicare come ombra la proiezione della realtà. Un'altra espressione suggestiva del rapporto fra realtà forense e "sogno" declamatorio è in Sen. *contr*. 3 praef. 12: *cum in foro dico, aliquid ago; cum declamo (id quod bellissime Censorinus aiebat de his, qui honores in municipiis ambitiose peterent) videor mihi in somnis laborare*. In quest'ultima similitudine è notevole che la pratica declamatoria venga assimilata alla competizione per le magistrature nei municipi: elezioni di sicuro meno prestigiose di quelle di Roma, ma pur sempre con esse confrontabili.

di rendere più ambigua la norma, più difficile la soluzione, più ampia la possibilità di argomentare *pro* e *contra*[9].

2. Oltre che in bella vista nel *thema*[10], allusioni a *leges* si possono trovare incastonate nel fitto tessuto delle orazioni stesse, dove l'emulazione prende la forma non solo di ornamento dell'*elocutio*, ma anche di argomento persuasivo sul piano dell'*inventio*.

Un esempio di questo gioco si trova nella *declamatio minor* 264, che ha il pregio di restituire una testimonianza delle XII Tavole. Il testo fa parte del *corpus* attribuito dalla tradizione antica a Quintiliano, e oggi ritenuto se non di Quintiliano stesso, almeno di una cerchia di autori a lui molto vicina[11]. Le declamazioni minori (così chiamate perché meno ampiamente sviluppate rispetto alle *maiores*) sono perciò, salvo eccezioni, da datare alla fine del I secolo d.C. o al secolo successivo. Si tratta dunque di testi coevi al *floruit* della giurisprudenza classica. Ciò vale anche per la *decl. min*. 264, di cui ci occupiamo.

L'intera declamazione ha una spiccata intonazione giuridica, nel senso che già nel titolo si riferisce nominativamente, caso pressoché unico, a una *lex publica* romana, la *lex Voconia* del 169 a.C. *(fraus legis Voconiae*); lo svolgimento, poi, verte sulla validità o meno (secondo tale norma) di un testamento che abbia istituito due donne eredi, ciascuna per metà dell'asse ereditario. Il testo è stato intensamente studiato proprio per accertare la maggiore o minore corrispondenza della norma formulata nel *thema* (*ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare*) all'effettivo tenore della legge Voconia[12].

Quel che non è stato notato è che la declamazione contiene un riferimento anche alle XII Tavole, per la precisione una parafrasi della norma V, 3, relativa alle disposizioni di ultima volontà[13]. Il tenore originario della norma decemvirale è incerto, poiché le fonti tramandano versioni alternative, una più analitica, *uti super familia pecuniaque sua* (oppure: *super pecunia tutelave suae rei*) *legassit, ita ius esto*, l'altra più sintetica *uti legassit suae rei, ita ius esto*: la parola *res* si sostituisce insomma al sintagma *familia,*

9 In proposito, vd. il recente studio di M. Bettinazzi, *La lex Roscia e la declamazione 302 ascritta a Quintiliano. Sull'uso delle declamazioni come documento dell'esperienza giuridica romana*, in J.-L. Ferrary (a c. di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, pp. 515-544; osservazioni acute anche in U. Agnati, *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone de inventione 2.148 e Rhetorica ad Herennium*, in M. Humbert (a c. di), *Le Dodici Tavole dai decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, pp. 239-264, spec. 244 ss. sulle citazioni di *leges* nel *De inventione.*

10 Due esempi saranno citati in queste stesse pagine. Del riferimento contenuto nel *thema* della *decl. min*. 264 alla *lex Voconia* si dirà subito sotto; per la parafrasi di XII Tab. V, 3-4 nel *thema* della *decl. min*. 308, vd. *infra* § 3 e nt. 24.

11 Vd. in questo senso, per tutti, M. Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian*, edited with Commentary, Berlin-New York 1984, pp. XII-XVI; Kaster, *Controlling Reason* cit., p. 322; D.R. Shackleton Bailey, *[Quintilian], The Lesser Declamations*, I, Cambridge (Mass.)-London 2006, p. 2.

12 Su di essa, vd. recentemente A. Weishaupt, *Die lex Voconia*, Köln-Weimar-Wien 1999, pp. 22-25; T. Wycisk, *Quidquid in foro fieri potest. Studien zum römischen Recht bei Quintilian*, Berlin 2008, pp. 160-163 e V.I. Langer, *Declamatio Romanorum Dokument juristischer Argumentationstechnik, Fenster in die Gesellschaft ihrer Zeit und Quelle des Rechts?* Frankfurt am Main 2008, pp. 134-136, 234-235; cfr. anche M. Bettinazzi, *La legge nelle declamazioni quintilianee* (in stampa).

13 Uso parafrasi (come contrapposto a citazione letterale) secondo la distinzione proposta da H. Hagendahl, *Methods of Citation in Post-Classical Latin Prose*, in *Eranos* 45 (1947) pp. 114-128.

pecunia (e *tutela*)[14]. Le ricostruzioni moderne variano di conseguenza e, come già le fonti antiche, propongono anche contaminazioni fra le due versioni[15].

Se dunque è certo che il declamatore ci offra la parafrasi della norma *uti legassit*, non si può dire quale delle due versioni avesse presente[16]: vi torneremo più avanti con qualche considerazione. Ora conviene esaminare la citazione nel suo contesto.

Riportiamo l'inizio della declamazione: *Antequam ius excutio et vim legis, quae per se satis manifesta est, intueor, primum illud apud vos dixisse contentus sum: adsum testamento. Eventum huic legi dabit religio vestra, et excussa parte utraque sententiam formabit. Interest tamen supremae hominis voluntati legem favere, ut, quod de bonis suis constituit in supremis dominus, fecerit iure*[17].

Ne propongo una versione italiana: "Prima di esaminare in dettaglio il diritto e di considerare attentamente il senso della legge, che di per sé è chiaro, sono orgoglioso innanzitutto di affermare dinnanzi a voi: sto in giudizio dalla parte del testamento. Sarà il vostro giuramento a dare effetto alla legge e determinare il vostro giudizio, sentite entrambe le parti. È importante, ad ogni modo, che la legge tuteli l'ultima volontà dell'individuo, ossia che ciò che il proprietario ha statuito in merito alle proprie sostanze nel momento estremo, sia valido secondo diritto".

Il declamatore, come s'è accennato, parla in favore di una donna istituita per testamento coerede per la metà dell'asse. Nell'esercizio scolastico, il parlante riveste dunque i panni dell'avvocato che perora la validità del testamento: la legge *ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum dare* non impedisce affatto – questa è la sua tesi – che l'intera eredità sia assegnata a due donne, ciascuna per la metà.

14 Quella analitica è riferita a sua volta in due versioni, ossia Cic. *inv*. 2.148 (*paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legassit, ita ius esto*; minime varianti in *Her*. 1.23) e Ulp. 11.14 (*u. l. super pecunia tutelave suae rei*, *i.i.e.*; cfr. Paul. 59 *ed*. D. 50.16.53 pr., dove manca *res*). La formula sintetica è riferita da Pomp. 5 *ad Q.M.* D. 50.16.120 pr. (*uti legassit suae rei*, *i.i.e.*; cfr. Gai 2.224; Iust. 2.22 pr.; Theoph. 2.22 pr.; Nov. 22.2 pr.). Le testimonianze si possono trovare raccolte e discusse da R. Schoell, *Legis Duodecim Tabularum reliquiae*, Lipsiae 1866, pp. 127-128 (che proponeva la ricostruzione: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*); da M.H. Crawford (ed.), *Roman Statutes*, II, London 1996, pp. 635-640 (con discussione rigorosa delle fonti e con la proposta di ricostruire *uti legassit super pecunia familiave (?) tutelave sua, ita ius esto*); da B. Albanese, *Osservazioni su XII Tab. 5,3 (uti legassit ... , ita ius esto)* (1998), ora in Id., *Scritti giuridici*, a c. di G. Falcone, III, Torino 2006, pp. 507-538 (che propone *uti legassit super familia tutelave suae rei, ita ius esto*, con formula prossima, ma significato tuttavia distinto da quello attribuito nell'ed. Crawford). Vd. ancora U. Agnati, *Sequenze decemvirali. Analisi di Cicerone de inventione 2.148 e Rhetorica ad Herennium* cit., pp. 239 ss.; altra bibl. citata e discussa da M. Terranova, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librale)*, Torino 2011, pp. 238 ss., che lascia aperta per parte sua la scelta relativa alla versione originaria del versetto decemvirale (*ibid*. 241 nt. 510).

15 La contaminazione – fra la sequenza analitica e il termine sintetico *res* – si ha in Ulp. 11.14 (*super pecunia tutelave suae rei*). Quanto alle ricostruzioni moderne (citate nella nt. prec.) basti accennare al fatto che né la formula binomia *super familia tutelave suae rei* (Albanese) né il trinomio *super familia pecuniave tutelave sua* (Crawford) sono integralmente attestati da una singola fonte antica.

16 Che naturalmente è questione ancora diversa da quella relativa al tenore originario della norma decemvirale.

17 Ps.-Quint. *decl. min*. 264.1; riporto il testo nell'ed. Shackleton Bailey (2006); cfr. Winterbottom, *The Minor Declamations Ascribed to Quintilian* cit., pp. 50-52 (testo); 348-350 (commento).

Prima di entrare nel vivo dell'*argumentatio*, il declamatore, buon interprete delle tecniche proemiali, s'avvale dell'*exordium* per ingraziarsi i giudici (cioè gli ascoltatori/lettori della sua orazione). Uno dei metodi è presentarsi come difensore della giusta causa. E' proprio questa la funzione assolta dal brano che abbiamo riportato, ove si afferma che chi sostiene la validità del testamento si trova, *a priori*, in una posizione migliore e più meritevole di tutela (*illud apud vos dixisse contentus sum: adsum testamento*). Il *favor testamenti* – sottolinea il *declamator* – è infatti un valore garantito dalla legge (*supremae hominis voluntati legem favere*)[18].

Si potrebbe intendere quest'enunciazione del *favor testamenti* come riferita genericamente all'ordinamento romano. In realtà, la menzione al singolare della *lex* segnala che il declamatore ha in mente una norma precisa, di cui offre subito una parafrasi (preceduta da *ut*, tipico modo di introdurre una citazione): *ut, quod de bonis suis constituit in supremis dominus, fecerit iure*. La norma corrisponde in effetti al precetto decemvirale *uti super familia pecuniave legassit, ita ius esto* (o all'altra sua versione *uti legassit suae rei, ita ius esto*).

3. Proprio la possibilità di comparare la norma delle XII Tavole (V, 3) con la sua resa declamatoria permette di farsi un'idea di come i *declamatores* operassero sul materiale di cui si servivano.

La trasformazione ha come primo scopo quello di rendere la norma intellegibile, cioè di avvicinarla maggiormente al linguaggio comune e dunque di integrarla nel tessuto discorsivo, in cui altrimenti sarebbe risuonata come un materiale grezzo.

Così, *super familia pecuniave [tutelave sua]* (oppure *suae rei*, a seconda delle versioni che il *declamator* aveva presente) diventa *de bonis suis.*

Constituit in supremis traspone *legassit*, verbo tecnico (nella forma sigmatica del futuro tipica della morfologia decemvirale) che si riferiva specificamente alle disposizioni *mortis causa*; quest'eccedenza semantica spinge il *declamator* a uno sdoppiamento, cioè ad applicare la determinazione circostanziale *in supremis* al verbo che indica la deliberazione (*constituere*).

Il soggetto, che nelle Dodici Tavole è normalmente omesso, viene necessariamente esplicitato: è l'occasione, per il declamatore, per scegliere una parola (*dominus*) che vale a rafforzare l'idea di fondo, ossia che ciascuno dev'essere padrone di dare alle cose sue la destinazione che vuole[19].

Infine, il tipico *colon* conclusivo trimembre *ita ius esto*, con imperativo in "–to", viene trasformato in un più piano *fecerit iure*, che ne conserva il significato (ossia di statuire che la disposizione testamentaria è validamente compiuta per il diritto).

Come la parafrasi della *lex* decemvirale operata dal declamatore è fedele sul piano semantico, così anche sul piano strutturale l'ordine delle proposizioni è opportunamente mantenuto: *uti legassit – ita ius esto* corrisponde a *quod (...) constituit – fecerit iure*[20].

18 Che si tratti del principio generale del *favor testamenti*, vd. F. Lanfranchi, *Il diritto nei retori romani, Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, p. 356, che non notava tuttavia il riferimento alle XII Tavole.

19 In Cic. *inv*. 2.148 e *Her*. 1.23 il soggetto inserito dal retore era *paterfamilias.*

20 La versione di *decl. min*. 264 spinge a mettere in dubbio l'ordine delle parole nelle frasi solitamente adottato nelle ricostruzioni moderne, in particolare la posizione del verbo *legassit*. Il verbo occupa

La *decl. min*. 264 si aggiunge dunque alle testimonianze relative a XII Tab. V, 3 e dà la misura di come operassero i declamatori rispetto al diritto[21]. Si possono ora svolgere alcune considerazioni conclusive.

Il risultato finale della parafrasi – quale fosse il punto di partenza non sappiamo[22] – si avvicina maggiormente a quello riscontrato presso le fonti giuridiche coeve (in particolare Pomponio e Gaio): a *de bonis suis* di *decl. min.* 264 corrisponde il *suae rei* dei giuristi[23]. Da questo punto di vista, la testimonianza è di un certo interesse, perché viene a spezzare una presunta linea di separazione fra tradizione giuridica (portatrice della versione sintetica) e tradizione retorica (vettrice di quella analitica)[24]. La testimonianza di *decl. min*. 264 mostra che questa schematizzazione non tiene, poiché la versione della *declamatio* è prossima alla forma sintetica attestata dalle fonti giuridiche.

Sul piano culturale, il rinvio a XII Tab. V, 3 nella *decl. min*. 264 ribadisce, innanzitutto, il rilievo che le Dodici Tavole avevano nella coscienza collettiva[25]. Cade a proposito la ben nota testimonianza autobiografica di Cicerone (*leg*. 2.59), secondo il quale ai suoi tempi le Dodici Tavole si imparavano a memoria a scuola (di grammatica)[26]. Come si vede, la scuola (di retorica) conservava memoria della legislazione decemvirale ancora dopo almeno due secoli.

E' di un qualche interesse anche il ruolo argomentativo che la citazione riveste nell'esordio della *decl. min*. 264: le Dodici Tavole vengono evocate come *lex* per

infatti la seconda posizione nelle versioni sintetiche (*uti legassit suae rei*, *i.i.e*), mentre si trova in fine di frase nelle versioni analitiche (*uti super familia pecuniaque sua legassit, i.i.e.*; contaminazione in Ulp. 11.14*)*. Le ricostruzioni moderne (vd. supra, nt. 14), anche quando adottano la versione analitica, antepongono sempre il verbo (forse anche per assuefazione alla comodità di citazione). Questa collocazione non è giustificata dalle testimonianze antiche; per di più, la sintassi delle Dodici Tavole di solito colloca il verbo in ultima posizione (per un esempio comparabile, cfr. XII Tab. VI, 1: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*).

21 La norma decemvirale è altrove resa in modo ancor più semplificato e per noi meno rilevante: in particolare, la sequenza XII Tab. V, 3-4 è resa in Quint. 3.6.96 nel modo seguente: *testamenta legibus facta rata sint intestatorum parentium liberi heredes sint.* Per un altro esempio, vd. la parafrasi della *lex Cornelia de sicaris et veneficis* in *decl. mai*. XIII 6, su cui Mantovani, *I giuristi, il retore e le api* cit., p. 350.

22 Come si è accennato, non si può sapere quale versione avesse presente il declamatore, proprio perché è discusso quale fosse la versione originaria della norma, se quella che abbiamo definito analitica (ossia con la sequenza *super familia pecuniave [tutelave sua?]*) oppure quella sintetica (*suae rei*). Quale che fosse, il *declamator* ha modificato sistematicamente l'intera formulazione, in tutti i suoi termini.

23 Ciò non dimostra automaticamente che questa fosse anche la versione che il *declamator* aveva presente. Tuttavia, quand'anche abbia avuto presente la formulazione analitica (con *familia pecuniaque*), non vi trovava il termine *tutela* (attestato da Ulp. 11.14 e Paul. 59 *ed*. D. 50.16.53 pr.) o, in ogni modo, non lo ha incluso nella versione *de bonis suis*.

24 In realtà, già Ulp. 11.14 smentisce questa distinzione. Su di essa, vd. le giuste osservazioni di Crawford, *Roman Statutes* II cit., pp. 637-638.

25 E. Romano, *Effigies antiquitatis. Per una storia della persistenza delle Dodici Tavole nella cultura Romana*, in M. Humbert (a c. di), *Le Dodici Tavole dai decemviri agli Umanisti* cit., pp. 451-479.

26 Su cui O. Diliberto, *Ut carmen necessarium (Cic. leg. II, 59). Apprendimento e conoscenza della Legge delle XII Tavole nel I sec. a. C.*, in M. Citroni (a c. di), *Letteratura e civitas. Transizioni dalla Repubblica all'Impero. In ricordo di E. Narducci*, Pisa 2012, pp. 141 ss.

antonomasia, come tavola dei valori; nulla di meglio, per dimostrare il principio del *favor testamenti*, che rifarsi alle Dodici Tavole.

Altrove, nella *decl. min.* 308, lo stesso principio è illustrato a partire da una *lex declamationis* diversamente formulata, ma che imita anch'essa le XII Tavole (V, 3-4): *testamenta ultima rata sint; intestatorum sine liberis mortuorum bona proximi teneant*[27]. Il declamatore, in questo caso, esplicita anche la *ratio* del *favor testamenti* (cioè il conforto che si trae dal sapere che sarà tutelata la *voluntas ultra mortem*)[28], per poi notare che è persino superfluo elogiare la *ratio* delle *leges* che sostengono la propria pretesa quando si tratta di un *ius certum et a maioribus constitutum.* Sottolineare che il *favor testamenti* è un principio certo e antico equivale evidentemente a rimandare il lettore alla legislazione decemvirale[29].

Ancora sul piano culturale, si potrà apprezzare che l'operazione di trascrizione linguistica compiuta dal declamatore – con l'intento di rendere intellegibile la norma, ma anche di dissimularla – è analoga a quella compiuta in un contesto analogamente didattico da Gaio (2.224), che peraltro, da giurista, ha scrupolo di includere oltre alla parafrasi anche la citazione letterale: *lex XII tabularum ... qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: "uti legassit suae rei, ita ius esto"*.

Infine, un risvolto giuridico. E' vivacemente discusso quale fosse la portata normativa originaria di XII Tab. V, 3, se, cioè, la norma desse validità al testamento nel suo complesso, inclusa l'*heredis institutio* oppure solo ai legati[30]. La citazione declamatoria non vale a chiarire quale fosse il senso arcaico della legge; tuttavia conferma che, in età classica, la norma decemvirale era interpretata come il fondamento della facoltà di disporre dell'intero patrimonio per testamento, e non solo di legare a titolo particolare.

27 Vale la pena di notare che questa testimonianza conferma l'ordine rispettivo delle disposizioni sulla successione testamentaria e *ab intestato*, che è enunciato da Ulp. 44 *ed*. D. 38.6.1 pr.

28 *Decl. min*. 308.1: *Et in more civitatis et in legibus positum est ut, quotiens fieri potuerit, defunctorum testamento stetur, idque non mediocri ratione. Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem; alioqui potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, ut, cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus. (...)* 3. *Et sane quotiens quaestio iuris est certi et a maioribus constituti, nihil necesse est laudare leges quibus utimur et ad quas vobis iudicandum est* (Vd. anche ivi § 12). Su questa *decl.* Vd. approfonditamente A.M. Rodríquez González, *Duo testamenta (Ps.-Quint. decl. min. 308). El derecho en la escuela*, in *Athenaeum* 101 (2013) pp. 569-604.

29 Il *favor testamenti* è rimarcato anche in *decl. min*. 311.8 (*... defuncti voluntatem qua nihil potentius apud nos, nihil nostro animo sacratius esse debet*); 374.9 (*tuenda mortuorum iudicia*). Cfr. Sen. *contr*. 3.9. Opportuna osservazione in Dingel, *Scholastica materia* cit., pp. 2-3 che nota come il *favor testamenti* sia un punto in cui le argomentazioni dei giuristi e dei retori si avvicinano.

30 Discusso è anche a quale *testamentum* potesse riferirsi la norma, se a quello comiziale e *in procinctu* o (anche) a quello *per aes et libram* in una delle sue forme. Per lo stato della questione, vd. Terranova, *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I* cit., spec. pp. 239 ss. (ivi, nt. 508 bibl.).

Abstract

The *declamatio minor* 264 ascribed to Quintilian contains a paraphrase of the Twelve Tables (V, 3) that has not been recognised so far. The way in which the declaimer ingeniously twists the wording of the *lex* while keeping its legal content provides precise, useful insights into the relationship between Roman law and declamations: a literary relationship which does not consist in direct appropriation nor indifference or otherness, but in a close and well-informed emulation.

PAPINIANO CITA MARCELLO: UN (PICCOLO) PROBLEMA PALINGENETICO

Carla Masi Doria*

1. Una *quaestio* di Papiniano: *ne imagine naturae veritas adumbretur*. – Nell'ambito dell'interpretazione di una *quaestio* papinianea e dei suoi echi in Ulpiano, in un mio recente contributo[1], avevo rapidamente notato un elemento palingenetico sfuggito a Lenel, che mi piace oggi riprendere per onorare il carissimo collega e amico Laurens Winkel, cui mi lega un grande affetto e un'amicizia resa profonda da tanti ricordi comuni. L'uso costante (e critico) della *Palingenesia* leneliana è un tratto metodologico centrale nell'ambito della *Schola Johanniana* di Amsterdam che fa capo al caro Hans Ankum e della quale il nostro onorato è da tempo un esponente di spicco. In quell'ambiente scientifico è nato infatti l'importante progetto di revisione dell'opera di Lenel[2], con il quale questo breve saggio si può idealmente connettere[3].

Questa la fattispecie discussa dal giurista severiano:

> D. 28.2.23 pr. (Papin. 12 *quaest.*). Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exheredationem antea scriptam nocere dixi: nam in omni fere iure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius numquam intellegatur, ne imagine naturae veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur …[4]

1 C. Masi Doria, *Verus filius e verus pater*, in *Liber Amicorum Guido Tsuno*, ed. F. Sturm, P. Thomas, J. Otto, H. Mori (Frankfurt am Main 2013) 211 ss., spec. 221.

2 Di cui dà conto proprio H. Ankum, *Towards Additions to Lenel's Palingenesia iuris civilis*, in *RIDA*. 41 (1994) 125 ss.

3 Sulla necessità di rivedere i *libri quaestionum* papinianei (qui in esame a partire dal frammento che segue immediatamente nel testo) si cfr. ancora H. Ankum, *Towards Additions to Lenel's Palingenesia* cit. 135 ss.

4 Sul testo di recente: U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen* (München 2011) 223; cfr. C. Russo Ruggeri, *La datio in adoptionem* I (Milano 1990) 379 s., con precedente bibliografia; F. Lamberti, *Studi sui "postumi" nell'esperienza giuridica romana* I (Napoli 1996) 39 ss., spec. 41 s. nt. 63; e ora A. Wacke, in un contributo che mi è stato accessibile quando questa nota era già in avanzato stato di elaborazione: *Im Zweifel enterbt? Vom Vorrang der Blutsverwandschaft vor der Adoptivkindschaft*, in *Liber amicorum Christoph Krampe zum 70. Geburtstag*, hrsg. von M. Armgardt et al. (Berlin 2013) 335 ss.

* Professore ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 606-612

La rappresentazione proposta da Papiniano è particolarmente interessante e – direi – elegante, nel far emergere un rapporto tra *imago* e *veritas*, tra immagine e verità. Un contrasto nel quale la *veritas* che da una "immagine" non può essere "adombrata", risulta prevalere.

Dunque un *filius* emancipato e diseredato, era stato poi adottato (mediante *adrogatio*) dal padre stesso. Qui il movimento di restituzione del figlio alla sfera della potestà paterna viene indicato attraverso un *iterum* che potrebbe, ad un primo sguardo, far pensare ad una doppia arrogazione, ma che forse vuole alludere semplicemente al "ritorno" nella famiglia originaria. Lo stato di fatto non è semplice. Un padre ha generato un figlio; lo ha dunque escluso dalla sua potestà con una *emancipatio*. Il figlio è diventato così *sui iuris*. Da tale condizione passa nuovamente sotto la potestà paterna per effetto di un'arrogazione. Sotto il profilo successorio, il figlio prima dell'*adrogatio* era stato diseredato (verosimilmente per evitare la *bonorum possessio contra tabulas*[5]) ed evidentemente il *pater* non era tornato sul punto modificando (riscrivendo) il testamento.

2. *Iura naturalia ... praevalere*: la recezione ulpianea. – La posizione di Papiniano sul punto è ripetuta da Ulpiano, che la condivide pienamente, in uno squarcio proveniente dal suo commentario edittale, ora tradito in:

> D. 37.4.8.7 (40 *ad ed.*). Si quis emancipatum filium exheredaverit eumque postea adrogaverit, Papinianus libro duodecimo quaestionum ait iura naturalia in eo praevalere: idcirco exheredationem nocere.

La citazione è precisa, con indicazione esplicita del nome del giurista e del luogo dei *libri quaestionum* da cui è tratta. Nel testo ulpianeo si trova scolpita un'immagine forte, ad effetto, della prevalenza dei diritti naturali, che si pone in netto contrasto con l'intrigo casistico presentato da Papiniano. *Iura naturalia ... praevalere* segue immediatamente ad *ait* e dunque potrebbe apparire parte di una citazione letterale di Papiniano, ma è forse più probabilmente una soddisfatta affermazione giusnaturalistica ulpianea[6] che si sovrappone, esaltandone il senso generale, a *exheredationem nocere*, questo sì prestito letterale dal testo papinianeo, come è facile notare da una comparazione tra i due frammenti. Per questa parte si può parlare di una vera e propria geminazione testuale.

3. *Marcelli sententia*. – Il passo di Ulpiano apre un'ulteriore prospettiva di ricerca sulla quale, come ho accennato, più in particolare intendo in questa sede soffermarmi. Continuando la lettura del frammento, si legge infatti al paragrafo 8:

5 Si v. F. Schulz, *The postclassical edition of Papinian's "libri quaestionum"*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini* IV (Milano 1949) 264 s., secondo il quale il testo di Papiniano doveva originariamente appartenere a contesti relativi alla *bonorum possessio contra tabulas* (O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I [Lipsiae 1889] 839 nr. 215), confrontandolo anche con D. 37.4.8.7 (Ulp. 40 *ad ed.*) che invece è stato giustamente collocato dai compilatori nel titolo *De bonorum possessione contra tabulas*. Secondo Schulz (p. 265) il passo avrebbe assunto: "a meaning different from that which it originally had", spostandone l'operatività dal piano del *ius honorarium* a quello del *ius civile*. Così F. Lamberti, *Studi sui "postumi"* I cit. 41 nt. 63.

6 Cfr. M. Bretone, *Labeone e l'ordine della natura*, in *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, a cura di D. Mantovani, A. Schiavone (Pavia 2007) 266; si v. già Id., *I fondamenti del diritto. Le cose e la natura* (Roma-Bari 1998) 120 s.

D. 37.4.8.8 (Ulp. 40 *ad ed.*). Sed in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exheredatio ei adrogato postea non noceat.

Dunque continua la citazione di Papiniano, che solo la divisione in paragrafi del testo antico (divisione – si sa – non originaria) ha frammentato. Che il soggetto dell'avversativa introdotta dal *sed* sia Papiniano è indubbio[7]. Quindi il giurista severiano, nel caso di specie, in cui il soggetto *exheredatus* e poi *adrogatus* è invece un *extraneus*, ribalta la sua soluzione: la diseredazione non nuoce all'*extraneus*, mentre, come si è visto, nuoce al figlio proprio. Per chiarire il testo dobbiamo pensare questa volta ad una doppia adozione: l'estraneo è stato dapprima adottato dunque diseredato, poi emancipato e infine nuovamente *adrogatus*. La complessità del rapporto si evince proprio dalla *exheredatio*, istituto strettamente connesso con la posizione di *suus heres*, che l'estraneo poteva ottenere solo attraverso un'adozione.

Questa l'interpretazione del testo che ho proposto nel saggio sopra citato[8]. Il punto interessante, che qui vorrei mettere in luce, è palingenetico, e cioè la citazione di un'opinione di Marcello da parte di Papiniano, un profilo sfuggito al grande Lenel nella sua importantissima restituzione delle opere dei giuristi romani. E il punto appare di un certo rilievo, perché non possediamo nessuna citazione diretta di Marcello in frammenti dei *Digesta* la cui *inscriptio* reca il nome di Papiniano.

Forse può essere utile uno sguardo, seppur molto rapido, ai contesti dai quali risulta un intreccio di opinioni tra i due giuristi. Non mi pare troppo interessante l'unica testimonianza tratta dalla legislazione imperiale: in una costituzione di Giustiniano, C. 4.5.10.1[9] (risalente al 530), l'imperatore contrappone all'interpretazione di Ulpiano, che aveva citato quella consonante di Marcello, appunto, oltre che di Celso, il parere di Papiniano, corroborato da una *sententia* di Giuliano, ricordato in questo luogo come *homo summae auctoritatis* e *ordinator praetorii edicti* (e questa partizione mostra uno dei grandi spartiacque critici della storia giurisprudenziale romana, con Giuliano cui si contrappongono sia Marcello che Celso).

Ulpiano è ancora testimone, ma questa volta il testo proviene dalla compilazione degli antichi *iura* (D. 2.8.7 pr., Ulp. 14 *ad ed.*)[10], di una catena formata da Pomponio, Marcello e Papiniano. I tre giuristi conservavano il ricordo di un rescritto del *divus Pius* (in materia di fideiussione). La memoria giurisprudenziale (con citazioni precise: Pomponio, *libro*

7 Anche A. Wacke, *Im Zweifel enterbt?* cit. 347, considera, a ragione, Papiniano soggetto sintattico (sottinteso) di *probat*, ma non affronta la questione palingenetica (né il problema connesso della mancata recezione leneliana del testo nella restituzione dell'opera di Papiniano).

8 *Supra* nt. 1.

9 *Et Ulpianus quidem electionem ipsi praestat qui utrumque accepit, ut hoc reddat quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi qui utrumque persolvit electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum summae auctoritatis hominem et praetorii edicti ordinatorem.* <a. 530 d. k. Aug. Constantinopoli Lampad. et Orest. vv. cc. conss.>.

10 *Si fideiussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori praescriptionem et metuat petitor, ne iure fori utatur videndum quid iuris sit. Et divus Pius (ut et Pomponius libro epistularum refert et Marcellus libro tertio digestorum et Papinianus libro tertio quaestionum) Cornelio Proculo rescripsit merito petitorem recusare talem fideiussorem sed si alias caveri non possit, praedicendum ei non usurum eum privilegio, si conveniatur.*

epistularum, Marcello, *libro tertio digestorum*, Papiniano, *libro tertio quaestionum*) sembra in questo caso fungere da mero deposito della decisione del principe, senza un preciso valore di orientamento interpretativo.

Di nuovo per tramite ulpianeo, in D. 2.14.7.5 (4 *ad ed.*)[11] si trova una convergenza di pareri tra i due giuristi in questione, in un testo ricchissimo di riferimenti ad autori giuridici (e importantissimo: si tratta del noto squarcio dal commentario edittale sui patti). La modalità di espressione del consenso costruita da Ulpiano è estremamente lineare: *... Marcellus scribit ... idem responsum scio a Papiniano ...* In questo caso possiamo identificare la posizione del giurista severiano, tratta dal libro X delle *quaestiones* e conservata in D. 18.1.72[12].

Ancora Ulpiano ci riserva una citazione congiunta di Marcello e di Papiniano, ma qui non si puó sapere se la menzione di Marcello risalisse a Papiniano; anche in tal caso, comunque, risulta una convergenza di pareri, apprezzata da Ulpiano attraverso il riferimento al criterio della probabilità: D. 15.1.19.1 (Ulp. 29 *ad ed.*) *... et Marcellus ... scribit ... quae sententia probabilior est et a Papiniano probatur.*

Un ulteriore intreccio si trova in D. 49.14.18.10[13]: questa volta ne è testimone Marciano, dal *liber singularis de delatoribus*. Invero le opinioni dei due giureconsulti sono in tal caso non immediatamente avvicinate ed è difficile ipotizzare che Papiniano avesse tenuto presente la posizione di Marcello (che differiva dalla sua in tema di responsabilità del creditore che avesse accettato una soluzione da parte del debitore che

11 *Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. Sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. Ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur idem Marcellus scribit. Et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. Idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. Quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. Sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

12 *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur quae vero adiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. Sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.* 1. *Papinianus lege venditionis illa facta "si quid sacri aut religiosi aut publici est, eius nihil venit", si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio eius valebit, nec venditori proderit exceptio, quae non habuit locum.*

13 *Papinianus tam libro sexto quam undecimo responsorum scribit ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit, cum consumeret et postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro septimo digestorum scribit.*

contemporaneamente fosse anche *debitor publicus*; a quanto pare la prassi respondente dei principi si conformerà all'idea di Marcello, più rigida nei confronti del creditore).

Un intrigo di rinvii si trova, poi, in FV. 75.3[14], in tema di legato d'usufrutto: anche qui Papiniano e Marcello si trovano dalla stessa parte (con anche Mauriciano): il luogo del giurista severiano è richiamato con precisione (17 *quaestionum*), ma pure in questo testo non v'è alcun elemento utile a leggere una trama di citazioni precedente[15].

4. Un problema palingenetico: Papiniano e Marcello. – Giungiamo, allora, all'unica attestazione di un riferimento diretto fatto da Papiniano al giurista della generazione precedente[16]. Fa da mediatore testuale, ancora una volta, Ulpiano, dal libro IX del commento all'editto. Qui si nota una frattura di pensiero netta: Papiniano ritiene infatti di rigettare una interpretazione di Marcello. Nella descrizione ulpianea la distanza viene rappresentata come una sorta di rimprovero: D. 10.2.22.5. *Papinianus de re quae apud hostes est Marcellum reprehendit, quod non putat in praestationes eius rei venire in familiae erciscundae iudicium, quae apud hostes est* ... Ci troviamo di fronte a un momento della storia della giurisprudenza in cui le posizioni dei due giuristi certamente sono venute in rapporto (in conflitto), anche se la conoscenza che abbiamo è, per così dire, di secondo grado, non potendo leggere senza intermediari il luogo dell'opera papinianea che conteneva il contrasto.

Mi sembra che questa – sia pur veloce – presentazione dei contesti dia ancora maggiore importanza alla citazione dalla quale siamo partiti, che risulta essere l'unica altra testimonianza che restituisce con immediatezza il rapporto tra Papiniano e Marcello, destinati a incontrarsi altre volte – lo si è visto, soprattutto negli scritti di Ulpiano, che com'è noto abbondava di riferimenti agli autori che lo avevano preceduto –, ma rispetto ai quali l'attestazione di un confronto diretto restava limitata al secco *reprehendit* di D. 10.2.22.5. L'adesione (*probat*) alla *sententia* di Marcello in D. 37.4.8.8 (Ulp. 40 *ad ed.*), qui in esame, è significativa, tanto più perché, anche se la provenienza dell'escerto è ulpianea, il giurista di Tiro ha tagliato il testo con generosità, mettendoci a disposizione (si direbbe) un virgolettato ampio, dal quale si può chiaramente e senza ulteriore mediazione leggere la citazione.

14 *Idem ait et si communi servo et separatim Titio usus fructus legatus sit, amissam partem usus fructus non ad Titium, sed ad solum socium pertinere debere quasi solum coniunctum. Quam sententiam neque Marcellus neque Mauricianus probant; Papinianus quoque libro XVII quaestionum ab ea recedit. Quae sententia Nerati fuerit, est libro I responsorum relatum. Sed puto esse veram Iuliani sententiam; nam quamdiu vel unus utitur, potest dici usum fructum in suo esse statu.*

15 Difficile da valutare il frammento proveniente dal V libro *responsorum* di Papiniano (5.6.21, in *FIRA*.[2] II p. 440=L. Pap. nr. 529), ove al testo papinianeo sono aggiunte una nota di Paolo e una di Ulpiano con probabile menzione di Giuliano e doppia citazione di una *sententia* di Marcello (alla quale Ulpiano mostra di aderire).

16 H. Ankum, *Le juriste romain classique Ulpius Marcellus sa vie et ses œuvres*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, ed. R. Ruedin (Bâle-Genève-Munich 1999) 133, aveva affermato: "Papinien ne cite jamais Marcellus". In realtà le citazioni sono due: D. 10.2.22.5 (che Ankum ben conosce: *op. ult. cit.* 135 nt. 60) e il passo qui più da vicino osservato, D. 37.4.8.8; il tramite della nostra conoscenza è, entrambe le volte, Ulpiano (cfr. subito *infra* nel testo).

5. *Quandoque bonus dormitat Lenelius*[17]? – A questo punto ci si deve chiedere il perché della lacuna leneliana (e anche, come subito si vedrà, riflettere sulla sua portata). L'immenso lavoro, certosino, di riordinamento dei testi della giurisprudenza classica può avere – è ovvio – dei limiti, può contenere delle sviste. Questo mancato riferimento a Papiniano è forse dovuto proprio a una questione palingenetica. Se si osserva da vicino il libro XL del commentario edittale di Ulpiano[18], risultano ben cinque citazioni di Marcello (è interessante notare come BIA, dunque uno strumento elettronico, prezioso per ricerche di questo tipo, ne registri solo quattro[19]): D. 37.4.8.3, D. 37.4.8.5 (con due richiami, uno tralasciato in BIA[20]), D. 37.4.8.6, D. 37.4.8.8. Tutte, quindi, provenienti da un unico lungo frammento. Nel trattamento palingenetico operato da Lenel, queste citazioni sono integralmente ricadute nella ricostruzione testuale del commento *ad edictum* di Ulpiano, ovviamente sotto lo stesso numero (Ulp. L. 1105). Si potrebbe allora davvero pensare a una svista, dovuta alla rilevanza del materiale di Marcello per Ulpiano, una "Hauptquelle" per il giurista severiano[21], che abbia potuto per così dire nascondere il raccordo (anche sintattico, attraverso l'elisione del soggetto espresso nel § 8) con Papiniano. Una piccola sorpresa mostra, però, la restituzione di D. 37.4.8.8, nell'ambito della ricostruzione del libro IX dei *Digesta* di Marcello[22], che riporta in apertura il lungo frammento ulpianeo (qui L. nr. 119) e viene completata da due passi tratti direttamente da quell'opera: D. 37.5.25 (L. nr. 120), D. 37.8.3 (L. nr. 121). In questa parte della *Palingenesia* la matrice papinianea è fatta chiara da Lenel attraverso il riferimento al giurista tra parentesi quadre: ... *in extraneo Marcelli sententiam probat* [*Papinianus*], *ut exheredatio ei adrogato postea non noceat*. Dunque, il grande romanista tedesco aveva perfettamente colto la genealogia testuale in questione, ma semplicemente non l'aveva poi replicata (a quanto pare, a questo punto: per una mera dimenticanza) dove ce la saremmo aspettata, e cioè lungo lo svolgimento del libro XII *quaestionum* di Papiniano, precisamente alla colonna 839 del I volume della *Palingenesia*, a seguire il nr. 215, provocando così – per quanti giustamente si fidano della sua ricostruzione – una distorsione di una certa portata sui poco conosciuti rapporti tra Papiniano e Marcello. A matita, nelle nostre edizioni, con il rispetto dovuto all'opera di quel grande studioso, possiamo aggiungere un nr. 215 bis = D. 37.4.8.8, segnalando la corrispondenza con Marcell. nr. 119 (*in fine*) e Ulp. nr. 1105 (col. 691 L.[23]).

17 Il detto, notissimo, riferito a Homerus, è in Horat. *ars. poet.* 359; per una buona storia dell'adagio si v. R. Tosi, *Dizionario delle sentenze latine e greche* (Milano 1991) 214, nr. 461.

18 O. Lenel, *Palingenesia* II 690 ss., spec. nr. 1105 (c. 690 s.).

19 Attraverso la seguente interrogazione, relativa all'archivio Fontes: Inscriptio *Ulpianus libro quadragesimo ad edictum*; Testo *Marcell** (ho usato la II ed., del 2000).

20 Non risulta la menzione relativa al tratto *idem Marcellus putat contra tabulas bonorum possessionem semel natam competere*. La stessa lacuna risulta dalla più ampia ricerca, sempre in Fontes, Testo *Marcell**.

21 In tal senso: F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* II (München 2006) 105.

22 O. Lenel, *Palingenesia* I 608 ss., spec. nr. 119 (c. 608). Si noti come, per scrupolo filologico, Lenel enumeri anche tra i "loci incerti" di Marcello i paragrafi 5 e 8 del frammento Ulpianeo, perché in quelli non è espressamente significato il libro di provenienza: *Palingenesia* I cit. 640 (con ovvio rinvio al nr. Marc[ell]. 119).

23 Dove pure la citazione papinianea è ristretta al § 7; cfr. ivi nt. 1.

Abstract

Commencing with the interpretation of a Papinian *quaestio* (now in D. 28.2.23 pr.) relating to a strange case of disinheritance, and then considering its reception in Ulpian D. 37.4.8.7 (in terms of the prevalence of natural law), this contribution focuses on a somewhat hidden quote by Ulpius Marcellus, located in a text originally by Papinian (D. 37.4.8.8). The reference appears concealed, because the relevant narrative is by Ulpian, quoting Papinian. The recovery of this reference helps us to understand the relationship between Papinian and Marcellus, poorly attested in the sources (there is only one other direct citation of Marcellus by Papinian, in D. 10.2.22.5). The paper also tries to explain the lacuna in the discussion of book twelve of Papinian's *Quaestiones* according to the proposal in Otto Lenel's *Palingenesia iuris civilis*.

QUOD DOLO MALO FACTUM ESSE DICATUR – EIN BELEG FÜR *CULPA*-HAFTUNG IN DER *LEX IRNITANA*?

Franz-Stefan Meissel*

1. Einleitung

Zu den „Trends" der romanistischen Forschung der letzten Jahre gehört neben der vor allem durch die Papyrologie ermöglichten stärkeren Einbeziehung von Dokumenten der Urkundenpraxis die Einsicht in die besondere Verquickung von Prozessrecht und materiellem Recht im klassischen römischen Recht. In vielen, lange umstrittenen Bereichen erwies sich eine prozessuale Sichtweise als Schlüssel des Verständnisses. Unterstützt wurde diese Tendenz der Forschung nicht zuletzt durch neue epigrafische Quellen, unter anderem die 1981 in der Nähe von Sevilla aufgefundenen sechs Bronzetafeln, auf denen sich große Teile der *lex municipalis* des in den frühen Neunziger Jahren des 1. Jh. n. Chr. unter Domitian zum *municipium* erhobenen Irni fanden.[1] Der *lex Irnitana* sind nicht nur neue Erkenntnisse zum römischen Provinzialprozess zu entnehmen, sie erlaubt auch wertvolle Rückschlüsse auf das stadtrömische Verfahrensrecht.[2]

Eine Stelle aus dem 84. Kapitel der *lex Irnitana* diente Alvaro D´Ors,[3] Francesca Lamberti,[4] vor allem aber Dieter Nörr dazu, neue Hypothesen zur Haftung bei *societas,*

1 J. González, The Lex Irnitana: a new Flavian municipal law, *Journal of Roman Studies* 76 (1986) 147-243; A. D´Ors, *La Ley Flavia Municipal. Texto y Comentario* (Rom 1986); A. D´Ors/X. D´Ors, *Lex Irnitana. Texto bilingüe* (1988); M. del Amo y de la Hera, *La lex Irnitana y su contexto arqueologico* (1990); F. Lamberti, *Tabulae Irnitanae* (1993) 265ff; eine deutsche Übersetzung bietet nun J.G. Wolf, *Die lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien* (2011).

2 Vgl etwa W. Simshäuser, Stadtrömisches Verfahrensrecht im Spiegel der lex Irnitana, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 122 (1992) 163ff; E. Metzger, *A New Outline of the Roman Civil Trial* (1997) 66ff; M. Talamanca, Il riordinamento augusteo del processo privato, in: F. Milazzo, *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale* (1999) 206ff; K. Hackl, Il processo civile nelle province, in: Milazzo, *Gli ordinamenti* 306ff; F. Lamberti, La maggiore età della „lex Irnitana", in: *Minima Epigraphica et Papyrologica III.4* (2000) 248ff; D. Nörr, Das Interdiktenverfahren in Irni und anderswo, in: *Iuris vincula* (St. M. Talamanca) 6 (2001) 75ff; F. Bertoldi, *La lex iudiciorum privatorum* (2003) 35ff; J.G. Wolf, The Romanization of Spain, in *Essays P. Birks* (2006) 439ff.

3 A. D´Ors, Una nueva lista de acciones infamantes, in: *Sodalitas* (= Scritti Guarino) 6 (1984) 2575ff.

4 Lamberti, *Tabulae* 153ff.

* Universitätsprofessor (Römisches Recht und Privatrechtsentwicklung im Rechtsvergleich), Universität Wien.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 613-627

fiducia und Mandat aufzustellen. Der entsprechende Passus (Tafel IXB Zeile 9-10) schließt folgende Klagen von der munizipalen Gerichtsbarkeit aus:

> *... neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur ...*

Während Nörr zunächst eher vorsichtige Überlegungen zur allfälligen Relevanz dieser Bestimmung für das Haftungsregime bei *societas*, *fiducia* und *mandatum* anstellte,[5] legte er sich in einem im Jahr 2007 erschienenen Beitrag ziemlich eindeutig fest: *Lex Irnitana* cap. 84 IXB 9-10 deute darauf hin, „dass die Haftung von socius, Fiduziar und Mandatar über die Haftung für dolus malus hinausgehen konnte" – und zwar deutlich früher, als bisher angenommen, nämlich bereits im 1. Jh n. Chr.[6] Des weiteren postuliert er, dass der Kläger im Verfahren *in iure* auf den Haftungsmaßstab eingehen konnte oder sogar musste. Nörr selbst konzediert allerdings, dass die Einbeziehung von cap. 84 der *lex Irnitana* die Frage der Haftung bei diesen Verträgen nicht gerade erleichtere, sondern dazu angetan sei, „die Komplexität zu erhöhen".[7] Das macht die Auseinandersetzung mit diesem Thema umso reizvoller.

Die Diskussion der Thesen Nörrs soll im Folgenden vor allem aus dem Blickwinkel der Haftung bei der *societas* erfolgen. Zunächst wird die von Nörr nach wie vor als Ausgangspunkt genommene Theorie einer Haftung bloß für *dolus* diskutiert und dabei auch auf die mittlerweile wohl herrschende Relativierung dieser These eingegangen. Anschließend rückt die von Nörr ins Treffen geführte Bestimmung der *lex Irnitana* in den Fokus der Überlegungen. Ein kurzer Ausblick gilt schließlich den bekannten Belegen von Juristenmeinungen aus dem 2. Jh., die mE für gewisse Einschränkungen der von Nörr entworfenen Entwicklung des Haftungsregimes sprechen.

Bei jedem Gesellschaftsvertrag stellt sich für die *socii* die Aufgabe, mit ihrer Vereinbarung und dem daraus resultierenden Schuldverhältnis Risiken und Chancen untereinander zuzuweisen. In erster Linie denkt man dabei „natürlich" (schon für Quintus Mucius Scaevola gehört dies zur *natura societatis*[8]) an die Regelung des Risikos des Geschäftserfolges, dh die Frage der Teilung von Gewinn und Verlust. Dieses Risiko wird idR durch den Gesellschaftsvertrag ausdrücklich erfasst, wobei die römische Jurisprudenz bekanntlich bis zur Grenze der sog *societas leonina*[9] weitgehende Parteiautonomie zulässt. Einen Teilaspekt bildet die Frage, ob sich das Gesellschaftsziel überhaupt realisieren lässt, zB ob ein geplanter Verkauf einer Sache möglich ist oder ob eine diesbezügliche aufschiebende Bedingung eintritt.[10]

5 D. Nörr, Mandatum, fides, amicitia, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum und Verwandtes* (1993) 16.

6 D. Nörr, Lex Irnitana c.84 IXB 9-10: „neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur", *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 1. Eine erste Fassung dieses Beitrags erschien in: *FS für Toshio Hironaka* (2006) 59ff.

7 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 2.

8 Gai Inst. 3,149 in Verbindung mit Inst. 3,25,2.

9 Ulpian D. 17,2,29,2; vgl K.-M. Hingst, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte* (2003); dazu die Rezension von F.-St. Meissel in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 123 (2006) 424ff.

10 Ulpian 31 ad ed D. 17,2,52,11; dazu F.-St. Meissel, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrags* (2004) 73f.

Zu den Risken des Geschäfts gehört aber nicht nur der wirtschaftliche Erfolg ieS, sondern auch Schäden, die die Gesellschafter im Zuge der *societas* erleiden, wobei diese durch *vis maior*, durch das Verhalten Dritter oder aber durch einen Mitgesellschafter selbst verursacht sein können. Die Frage der Haftung, dh der vorwerfbaren Verantwortlichkeit eines Gesellschafters gegenüber den anderen *socii*, steht dabei in unmittelbarem Zusammenhang mit der Frage der Gefahrtragung. Zahlreiche spätklassische Quellen gehen folglich bei gesellschaftskonnexen Schäden von einer Alternative aus: Der erlittene Schaden wird vergemeinschaftet, es sei denn, es liegt ein Verschulden eines der Partner der Gesellschaft vor.[11] Prozessualen Angelpunkt der Entscheidungen der römischen Juristen bildet dabei das *oportere ex fide bona* der *actio pro socio*. Aus diesem ergibt sich ganz allgemein einerseits die Verpflichtung zur Beachtung des Vereinbarten, andererseits und insbes im Fall des Fehlens einer Regelung eine Lösung aufgrund der *naturalia negotii.*[12]

Was das Haftungsrecht der Gesellschafter untereinander anbelangt, lässt sich in der Romanistik des 20. Jahrhunderts eine Entwicklung feststellen, welche von der „Aufdeckung" einer bloßen *dolus*-Haftung im klassischen Recht – samt „Entlarvung" der von einer *culpa*-Haftung handelnden Stellen als interpolationsverdächtig (dazu sogleich ausführlicher unter 2.) – zu einer in jüngerer Zeit differenzierenden Sichtweise geführt hat, die eine flexiblere Handhabung der Haftungsmaßstäbe und eine größere Bandbreite der Entscheidungen bei den Klassikern annimmt.[13] Die neuesten Forschungen gehen aufgrund einer wiederum stärker textkonservativen Interpretation der Quellen davon aus, dass zumindest in bestimmten Fällen schon in der Klassik eine Haftung auch für *culpa* und *custodia* bestehen konnte. So hat etwa Gianni Santucci in seiner rezenten Monographie zum Arbeitsgesellschafter als Grundregel der Haftung schon beim Hochklassiker Celsus die Verantwortlichkeit für *dolus* und *culpa* vertreten.[14] Dennoch bleiben viele Fragen äusserst umstritten.

2. Die Unwahrscheinlichkeit einer reinen *dolus*-Haftung bei der *societas*

Zunächst erscheint es angebracht, auf die zentralen Prämissen jener Lehre einzugehen, die im 20. Jahrhundert lange Zeit die dominierende war: die Annahme einer reinen *dolus*-Haftung im klassischen Recht der *societas*. Maßgeblicher Proponent dieser These war Ludwig Mitteis,[15] der sich dabei vor allem auf die in einem Aufsatz seines Schülers Stephan Brassloff[16] angeführten philologisch-textkritischen Argumente (zu Ulpian 31 ad

11 Ulpian 31 ad ed D. 17,2,52,3; D. 17,2,52,4 am Ende; Pauli Sent. 2,16.

12 Ulpian 30 ad Sab D. 17,2,52,1; D. 19,2,21; D. 19,1,11,1.

13 Statt vieler M. Kaser/R. Knütel, *Römisches Privatrecht* (20. Aufl. 2014) § 43 Rz 12 S. 269f.

14 G. Santucci, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità* (1997) 231ff; differenzierend dazu F.-St. Meissel in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 117 (2000) 554 (bes 564f).

15 L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians* (1908) 322ff.

16 St. Brassloff, Textkritisches zu den römischen Rechtsquellen, in: *Wiener Studien, Zeitschrift für klassische Philologie* 24 (1902) 563 (567); zu Leben und Werk Brassloffs siehe F.-St. Meissel, Römisches Recht und Erinnerungskultur – zum Gedenken an Stephan Brassloff (1875–1943), *Vienna Law Inauguration Lectures* 1 (2008) 1ff.

ed D 17,2,52,1-3) stützte. Ausführlichere Untersuchungen zur Haftung bei der *societas*, die den Ansatz von Mitteis, der allgemein auf viel Zustimmung stieß,[17] weiterführen, stammen von Vincenzo Arangio-Ruiz[18] und Franz Wieacker.[19]

Mitteis ging davon aus, dass das römische Haftungsrecht usprünglich nicht vom Utilitätsgedanken,[20] sondern vom Gegensatz zwischen infamierenden und nicht infamierenden Klagen beherrscht gewesen sei.[21] Bei infamierenden Klagen habe es eine bloße *dolus*-Haftung gegeben, wobei unter *dolus* nicht nur arglistiges Verhalten, sondern jeglicher Verstoß gegen die *bona fides* zu verstehen sei. *Bonam fidem praestare* und *dolum praestare* seien in den Juristentexten gleichbedeutend verwendet worden.[22] Nur ein gravierender Vorwurf wie jener eines *fides*-Verstoßes könne die infamierende Wirkung der Verurteilung von Klagen wie der *actio pro socio* (D. 3,2,1, Gai Inst. 4,182) erklären.[23]

Die *societas* wird dabei von *Mitteis* als Beispiel für die Theorie der reinen *dolus*-Haftung bei infamierenden Klagen genannt; im übrigen begnügt er sich aber mit der Behauptung, dass „für die älteren Klassiker, bis auf Celsus, die Prästation des *dolus* den

17 Für eine bloße *dolus*-Haftung bei den infamierenden Klagen allgemein sowie bei der *actio pro socio* im Speziellen etwa auch G. Rotondi, La misura della responsabilità nell' „actio fiduciae", *R.I.S.G.* 51 (1912) 137ff = Scritti Giuridici II (1922) 137ff (bes 139) mit Hinweisen darauf, dass bereits Donellus, Voetius und Glück ähnliche Ansichten vertraten; weiters etwa E. Rabel, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915) § 86; E. Sohm/L. Mitteis/L. Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts* (17. Aufl. 1928) § 64, S. 379ff; E. del Chiaro, *Le contrat de société* (1928) 181f; E. Szlechter, *Le droit de société* (1947) 391f; vorsichtiger P. Jörs/W. Kunkel, *Römisches Privatrecht* (2. Aufl. 1949) 243; differenzierter auch F. Schulz, *Classical Roman Law* (1951) 551f.

18 V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2. Aufl. 1935) 43ff, der aber immerhin eine *culpa*-Haftung für „certe ipotesi particolari" zugesteht; V. Arangio-Ruiz, *La società in diritto romano* (1950) 188ff.

19 F. Wieacker, Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrechts, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 54 (1934) 35ff. Wieacker vertritt für die „mittelklassische Zeit" eine *dolus*-Haftung, wobei er mit Mitteis *dolus* als Gegenbegriff zur *bona fides* begreift und nicht den gegenüber der Fahrlässigkeit abgegrenzten Vorsatzbegriff zugrundelegt.

20 Erste Spuren der Berücksichtigung der Utilität finden sich schon bei Labeo (vgl D. 19,5,20,2), Alfen (vgl D. 19,2,31) und möglicherweise sogar Quintus Mucius (D. 13,6,5,3). Dazu bereits B. Kübler, Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht, Sonderdruck aus der *Festgabe für Otto Gierke* (1910) 37. Im Anschluss an D. Nörr, Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 73 (1956) 68ff, empfiehlt es sich, statt von einem Haftungsprinzip von einem Utilitätsgedanken zu sprechen.

21 Mitteis, *Privatrecht* 324ff.

22 Mitteis, *Privatrecht* 317ff, 325. Dementsprechend spricht Arangio-Ruiz, *Società* 189, von einem „Fidesprinzip".

23 Mitteis hält es für völlig unvorstellbar, eine infamierende Klage wegen leicht fahrlässigen Verhaltens zu gewähren (*Privatrecht* 326). Gleichzeitig versteht er aber *dolus* so weit, dass auch fahrlässige Verhaltensweisen darunterfallen können (*Privatrecht* 325). Damit reduziert sich im Ergebnis der Unterschied zur Gegenmeinung (derzufolge schon in der Klassik eine Haftung auch für Fahrlässigkeit bestand) erheblich. A. Manigk, in: Pauly/Wissowa, *Realenzyklopädie der Altertumswissenschaften* sv societas (1927) 777, meinte deshalb, dass es sich um eine „spätere terminologische Spaltung, nicht um eine dogmatische Entwicklung" handle. Allerdings dürfte Mitteis unter seinen weiten *dolus*-Begriff allenfalls auch grob fahrlässiges Verhalten subsumiert haben, nicht aber Fälle leichter Fahrlässigkeit (vgl Mitteis, *Privatrecht* 326).

Ausgangspunkt bildet", um in der dazugehörigen Fußnote jene Stellen, die eine *culpa*-Haftung bejahen, als interpolationsverdächtig zu bezeichnen.[24]

2.1 Modestinus Collatio 10,2,4

Der wichtigste Beleg für das Infamieargument ist ein in der Collatio überliefertes Modestinfragment (Coll. 10,2,4), welches freilich gar nicht von der *societas* handelt. Immerhin findet sich hier aber ein ausdrücklicher Zusammenhang zwischen der infamierenden Wirkung einer Verurteilung und der Haftung bloß für *dolus*:

> *Depositi damnatus infamis est: qui vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur.*

Modestin stellt *depositum* und *commodatum* gegenüber und begründet die *dolus*-Haftung beim *depositum* mit der infamierenden Wirkung der Kondemnation. Dass das Infamieprinzip aber für die *dolus*-Haftung nicht allein maßgeblich gewesen sein dürfte, ist daraus ersichtlich, dass Modestin zunächst (offenbar als wichtigeren Gesichtspunkt!) zur Begründung der unterschiedlichen Haftung bei Verwahrung und Leihevertrag das Utilitätsargument anführt (Modestin 2 diff. Coll. 10,2,1):

> *... commodati autem contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrumque (scilicet dolum et culpam) praestatur: in deposito vero causa solo deponentis utilitas vertitur et ibi dolus tantum praestatur.*

Inwiefern aber der eine Gesichtspunkt – die Utilität – oder der andere – die Infamie – für die Haftung durchschlagend war, lässt sich aus der Stelle jedenfalls nicht ableiten.

Darüber hinaus ist zu bemerken, dass Modestins Gegenüberstellung der Haftung bei *depositum* und *commodatum* in seinen vermutlich didaktisch ausgerichteten *differentiae* reichlich schematisch ist und auf Nuancen der kasuistischen Diskussion nicht Bedacht nimmt. So lässt sich bekanntlich zur Haftung beim *depositum* schon bei den Hochklassikern eine Tendenz zur Erweiterung der *dolus*-Haftung auf *culpa latior* (Nerva) sowie *diligentia quam in suis* (Celsus) feststellen,[25] auf die Modestin nicht eingeht. Modestins Text belegt somit zwar eine Verbindung von Infamie und *dolus*-Haftung, die noch bei den Spätklassikern bewußt ist, er spricht aber (im engeren Text-Zusammenhang sowie im weiteren Zusammenhang des klassischen Haftungsrechts interpretiert) keineswegs für eine unbedingte Gültigkeit des Infamieprinzips als alleinigem Kriterium für den Haftungsmaßstab bei Verträgen.

Wenn aber sogar beim *depositum*, welches unter dem Gesichtspunkt der Utilität immer wieder als Beispiel für einen Kontrakt zitiert wird, bei dem die Nützlichkeit nur

24 Mitteis, *Privatrecht* 330 Fn 43. Insbesondere die Celsus bei Ulpian D. 17,2,52,2 zugeschriebene Erwähnung einer (allgemeinen) Haftung für *culpa* bei der *societas*, wird von ihm – unter Berufung auf St. Brassloff, *Wiener Studien* 24 (1902) 566 – verdächtigt.

25 Celsus 11 dig D. 16,3,32. Vgl dazu W. Selb, Das Problem des relativen „dolus" in D. 16,3,32, *Synteleia Arangio-Ruiz* II (1964) 1173ff; H. Hausmaninger, Diligentia quam in suis, *FS Kaser* (1976) 265ff; Derselbe, Celsus gegen Proculus, *3. FS v. Lübtow* (1991) 54f; F. Mercogliano, Diligentia quam in suis per i giuristi romani classici, *Index* 19 (1991) 379; A. Völkl, Zur diligentia quam in suis des Verwahrers, *FS Hausmaninger* (2006) 293; G. Santucci, *Diligentia quam in suis* (2008) bes 71ff.

auf Seiten der einen Partei liegt, von den Hochklassikern eine vorsichtige Erweiterung der Haftung diskutiert wird, ist dies umso mehr bei der *societas* zu erwarten, bei der beiderseitiger Nutzen gegeben ist. Immerhin finden wir bei Ulpian 28 ad ed D. 13,6,5,2 im Zusammenhang mit schematisierenden Erläuterungen von Haftungsmaßstäben[26] die *societas* ausdrücklich unter den als beiderseits nützlich eingestuften Verträgen, bei denen für *dolus* und *culpa* gehaftet werde:

> *... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur*.

Gegen das Infamieargument lässt sich weiters anführen, dass der infamiebegründende *fides*-Verstoß auch darin gesehen werden könnte, dass der Schuldner eine bereits feststehende (uU auch auf einer *culpa*-Haftung beruhende) Schadenersatzverpflichtung entgegen der *bona fides* nicht erfüllt. Gegen einen zwingenden Zusammenhang zwischen infamierender Wirkung der *actio pro socio* und *dolus*-Haftung spricht dabei schon die allgemeine Überlegung, dass die *actio pro socio* nicht nur bei Schadenersatzansprüchen der Gesellschafter untereinander herangezogen wurde, sondern überhaupt zur Abrechnung und Liquidierung der *societas*.[27] Eine Verurteilung aus ihr musste sich folglich überhaupt nicht auf ein Verschulden des Partners beziehen – es sei denn, man erblickt dieses darin, dass er es zu einer Verurteilung kommen lässt und nicht schon vorher das Geschuldete geleistet hat.

Darüberhinaus ist daran zu erinnern, dass erst die Kondemnation infamierend wirkt, sodass es der Beklagte durchaus in der Hand hat, vor einer sich abzeichnenden Verurteilung durch Abschluss eines prozessbeendenden *pactum* oder andere Mittel (Einsetzung eines Prozessvertreters etc) die Infamiefolge zu vermeiden.[28]

2.2 Pomponius 12 Sab D. 17,2,59,1

Von anderen Belegen für eine angeblich noch in der Hochklassik vorherrschende *dolus*-Haftung möchte ich hier nur Pomponius D. 17,2,59,1 anführen, weil er ein schönes Beispiel des Ineinandergreifens von Haftung und Gefahrtragung bieten kann, wenn man den Text in seinem Kontext interpretiert.

> *Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus: si quid vero dolo nostro socius damni ceperit, a nobis repetet.*

Verluste eines *socius* beim Glückspiel oder aufgrund eines Ehebruchs sind nicht gemeinsam von den Gesellschaftern zu tragen; wird dem *socius* hingegen durch *dolus* der Übrigen ein Schaden zugefügt, so kann er diesen von ihnen zurückfordern.

Pomponius behandelt in seinem Sabinuskommentar zunächst nicht die Haftung, sondern die Frage der gemeinsamen Gefahrtragung für den Vermögensverlust, den

26 Vgl auch Ulpian 29 ad Sab D. 50,17,23.

27 Auf diesen Aspekt weist insbes Watson, Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 31 (1963) 78, hin. Watson (loc. cit. 82) merkt im übrigen an: „It must be said that the jurists – wisely – did not allow the strict theory of infamia to interfere with the development of standards of liability“.

28 Vgl Meissel, *Societas* 49f.

ein Gesellschafter infolge unerlaubten Glückspiels oder *adulterium* erlitten hat. Die Bestreitung dieser Verluste aus dem Gemeinschaftsvermögen wird in Satz 1 (möglicherweise bereits von Sabinus[29]) abgelehnt. Wörtlich heißt es, dass diese Ausgaben nicht *ex medio* zu tragen seien, was darauf hindeutet, dass es sich um eine *societas* handelt, bei der die Gesellschafter Vermögen vergemeinschaftet haben: Schon die Glosse denkt hier an eine *societas omnium bonorum*[30]; als wahrscheinlicher Kontext ist an eine Universalgesellschaft zwischen Geschwistern zu denken.[31]

Darauf folgt eine Aussage, deren Zusammenhang mit dem ersten Satz aufs Erste nicht evident ist: Wenn ein Schaden des einen *socius* durch *dolus* der anderen herbeigeführt wurde, so kann der geschädigte *socius* von den anderen Schadenersatz verlangen. Isoliert betrachtet scheint hier eine allgemeine Aussage vorzuliegen, dass ein *socius* den Schaden, der ihm durch *dolus* der anderen *socii* zugefügt wurde, von diesen ersetzt verlangen kann. Pomponius also als Vertreter einer bloßen *dolus*-Haftung?

Etienne Laffely möchte im Hinblick auf den ersten Teil des Fragments die Aussage des Pomponius restriktiv interpretiert wissen; seiner Meinung nach gehe es Pomponius nicht um eine Definition des Haftungsmaßstabes bei der *societas*, sondern lediglich darum, Fälle, in denen der *socius* einen Verlust alleine zu tragen habe (*alea, adulterium*) und Fälle, in denen er Ersatz des Schadens verlangen kann (*dolus malus*) auseinanderzuhalten.[32] Diese Erklärung vermag aber nicht hinreichend zu erklären, warum Pomponius ausdrücklich auf den *dolus malus* (und nicht auf *culpa*) rekurriert.

Fritz Sturm hat demgegenüber eine Deutung vorgelegt, welche einen Zusammenhang mit der Frage des Haftungsmaßstabes gänzlich leugnet. Seiner Meinung nach geht es im zweiten Satz nur um die Umkehrung dessen, was im ersten Satz ausgedrückt wird. Darf der *socius* die verpönten Ausgaben für *alea* und *adulterium* nicht aus den gemeinsamen Mitteln bestreiten, so ist er umgekehrt verpflichtet, falls er dies doch getan hat, das Entnommene den Mitgesellschaftern zurückzugeben. *Damnum* wäre demgemäß hier als Nachteil zu verstehen, den die anderen dadurch erleiden, dass der *socius* zu Unrecht aus der Gemeinschaftskasse etwas entnommen hat. Die Bezugnahme auf *dolus* erklärt sich laut Sturm dann einfach daraus, dass „Ausgaben für Weib und Würfel stets vorsätzlich erfolgen".[33]

Der Zusammenhang könnte aber auch ein anderer sein. Das entgegengesetzte *si quid* könnte eine Ausnahme zu dem im ersten Satz Ausgesprochenen normieren: An sich muss der *socius* den Verlust infolge Glückspiels und *adulterium* selbst tragen, es sei denn, er wurde von den anderen *socii* dolos zu diesem Verhalten verleitet.[34] Auch in diesem Fall läge aber keine allgemeine Aussage vor, sondern die Tragweite der Entscheidung wäre auf die besondere Lage des Falles beschränkt.

29 Vgl die Diskussion bei den *veteres* zur Frage der Vergemeinschaftung einer Verurteilung aus einer *actio iniuriarum* in D. 17,2,52,18, wo Sabinus namentlich genannt ist.

30 GL. *Laturus*. Benützte Ausgabe: Lyon 1627 Sp. 1679. Dazu F. Sturm, Gesellschafterausgaben für Weib und Würfel, *IVRA* 30 (1979) 78f.

31 Vgl D. 17,2,52,18.

32 E. Laffely, *Responsabilité du „socius" et concours d actions dans la société classique* (1979) 16.

33 Sturm, *IVRA* 30 (1979) 82.

34 So bereits M. Talamanca, Società in: *Enciclopedia del diritto* 42 (1990) 855 Fn 443.

Einen Beleg für eine reine *dolus*-Haftung[35] bietet der Text somit nur, wenn man den zweiten Satz ohne Zusammenhang mit dem ersten betrachtet und darin eine generelle Aussage des Pomponius sieht. Selbst dann aber wäre denkbar, dass Pomponius zu jenen Juristen gehört, die (noch dazu im wahrscheinlichen Kontext einer *societas universorum*) an der *dolus*-Haftung festhielten, was mit der Annahme einer ungeklärten Streitfrage in der Hochklassik durchaus vereinbar wäre.

Was nun die zahlreichen Texte in den Digesten anbelangt, die von einer *culpa*-Haftung der *socii* sprechen, so hat man sie lange mit dem Argument des Interpolationsverdachts als nachklassische Zutat qualifiziert, um die Theorie einer reinen *dolus*-Haftung in der Klassik aufrechtzuerhalten. Seitdem nun aber die Interpolationenjagd nicht mehr das präferierte methodische Instrumentar darstellt, hat sich die Vorstellung hinsichtlich der Entwicklung des Haftungsregimes beim Gesellschaftsvertrag in Richtung einer komplexeren und vielfältigeren historischen Dynamik verschoben.

Als exemplarisch für die stärker differenzierende Lehre der neueren Romanistik[36] lässt sich die Behandlung der Haftung im enzyklopädischen Beitrag Mario Talamancas zur *societas* anführen. Nachdem er zunächt eine Entwicklungslinie ins Auge fasst, die von einer klassischen *dolus*-Haftung über eine nachklassische Haftung für *dolus* und *culpa* zu einer justinianischen Haftung für *dolus* und *culpa in concreto* geht, verwirft er diese sogleich wieder als zu vereinfachend. Demgegenüber hält er eine auf den jeweiligen konkreten Fall zugeschnittene Vorgangsweise sowie möglicherweise unterschiedliche Meinungen einzelner Juristen für wahrscheinlich („decisioni differenziate in base all´articolazione delle situazioni riportate allo schema unitario della societas consensu contracta, tenendo anche conto della possibilità di divergenze d´opinione fra i giuristi“[37]).

3. Nörrs Deutung von Kap. 84 Z. 9-10 der *lex Irnitana*

Der neue Deutungsvorschlag von Nörr geht aber erheblich weiter. In gewisser Weise dreht er die alte Vorstellung der reinen *dolus*-Haftung um und nimmt an, dass die Haftung für *culpa* bereits im 1. Jh völlig akzeptiert gewesen sei, sodass es möglich war, eine auf den *dolus*-Vorwurf verzichtende Klage sogar in der munizipalen Gerichtsbarkeit geltend zu machen. Dabei habe man eine Haftung des Beklagten so geltend machen können, dass ausdrücklich *dolus* ausgenommen werde, indem bei der Klageerhebung gesagt werde, dass kein *dolus* vorgelegen sei („*dicere non dolo malo factum esse*“).

Zentrale Frage dabei ist zunächst die Bedeutung der Klausel „*quod dolo malo factum dicatur*“ in Kapitel 84. Nörr geht davon aus, dass sich die Zeilen 9 und 10 der Tafel IXB des 84. Kap. der *lex Irnitana* folgendermaßen erklären: Im Rahmen eines Katalogs von

35 Wieacker, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 34 (1934) 40f; Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano* (2. Aufl 1935) 43; Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale, Bd I La responsabilità per custodia* (1938) 183; Szlechter, *Le contrat de société* (1947) 392.

36 Vgl etwa Schulz, *Classical Roman Law* (1951) 551; Kaser, *Römisches Privatrecht* I² 576; Honsell/Mayer-Maly/Selb, *Römisches Recht* 334; Zimmermann, *Law of Obligations* (1990) 462ff.

37 Talamanca, *Enciclopedia del diritto* 42 (1990) 855f. Mit „kasuistischer Vorgangsweise“ erklärt auch W. Seidl, *Römisches Privatrecht* (1963) 154, die Divergenz der Klassikerentscheidungen.

Klagen, die von der munizipalen Gerichtsbarkeit ausgeschlossen sind, finden sich hier auch die *actio pro socio*, die *actio fiduciae* und die *actio mandati*, allerdings nur insofern sich diese Klagen darauf stützen, dass der Beklagte dolos gehandelt habe. Mit anderen Worten: Nur wenn der Kläger sich auf *dolus* des Beklagten stützt, seien diese Klagen der *iurisdictio municipalis* entzogen.

E contrario ergibt sich für Nörr daraus, dass alle drei Klagen auch im *municipium* abgeführt werden können, wenn der Kläger ausdrücklich angibt, dass kein *dolus* geltend gemacht werde, sondern bloß ein Verhalten, welches unter *culpa* subsumierbar ist.

Die technischen prozessualen Mittel für einen solchen Ausschluss der *dolus*-Haftung und zugleich die Handhabe, um eine *culpa*-Haftung geltend zu machen, die also zu dieser Zeit allgemein akzeptiert sein musste, sei entweder ein Verzicht auf Beweise, die auf *dolus* Bezug haben, in der *editio instrumentorum* (vonseiten des Klägers) oder aber, und das scheint die von Nörr primär in Erwägung gezogene Lösung zu sein, die Einschränkung des Klagsgegenstandes durch eine *praescriptio*. Mittels *praescriptio (pro actore)*[38] sei auf Vorschlag des Klägers in die Streitformel eine Einschränkung aufgenommen worden *si in ea re nihil dolo malo istius factum sit*.[39] Hinzuzufügen ist, dass Nörr dabei durchaus mit der hA davon ausgeht, dass es sich dabei um die *in ius* konzipierte Klagsformel der *actio pro socio* gehandelt habe.

Durch eine solche *praescriptio pro actore* habe der Kläger zum Ausdruck bringen können, dass er keinen *dolus* des Beklagten behaupten werde. Darüber hinaus habe diese *praescriptio* zwei Auswirkungen gehabt: Die eine sei gewesen, dass der Kläger eine Verantwortlichkeit für *culpa* geltend machen konnte (was voraussetzt, dass diese damals bereits akzeptiert war) und dass zweitens eine Verurteilung aus dieser Klage – anders als bei einer Verurteilung aus der *actio pro socio* – keine Infamie nach sich gezogen habe.[40] Als rechtspolitische Begründung des Ausschlusses der in Kap. 84 genannten Klagen wird ja allgemein die bei diesen Klagen anzutreffende infamierende Wirkung der Verurteilung angenommen.

Um diese Deutung Nörrs zu würdigen, ist es zunächst nötig, die Wendung *quod dolo malo factum esse dicatur* in ihrem Kontext in der *lex Irnitana* zu sehen. Tatsächlich zeigt sich dabei, dass die Bedeutung dieses Satzteils keineswegs klar ist, und zwar sowohl, was den Bezugspunkt, als auch, was den Inhalt anbelangt. Trotz der bisherigen Erklärungsversuche bleiben hier viele Fragen offen.

Beginnen wir bei der „Reichweite“: Worauf bezieht sich diese Apposition *quod dolo malo factum esse dicatur* im Satzgefüge? Unmittelbar vor *quod dolo malo factum esse dicatur* finden wir den Ausschluss der munizipalen Gerichtsbarkeit bei drei Klagen, die zu den *bonae fidei iudicia* zählen: *neque pro socio aut fiduciae aut mandati*. Man muss sich also fragen, ob sich *si quod dolo malo factum esse dicatur* auf alle drei Klagen oder aber nur auf die zuletzt genannte *actio mandati* bezieht.

38 Zur Funktion der *praescriptio pro actore* im Allgemeinen siehe M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl 1996) 265f und 320ff.

39 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 20.

40 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 6, 16, 19.

3.1 „Reichweite“ des *quod dolo malo factum esse dicatur* in c. 84 *lex Irnitana*

Eine Reihe von Romanisten, die sich mit c. 84 *lex Irnitana* beschäftigt haben, meinen, dass sich die Wendung auf alle drei Klagen beziehe. Für Francesca Lamberti spricht dafür vor allem, dass alle drei Klagen durch ein einziges *neque* eingeleitet werden, wohingegen man im Fall, dass sich das *quod dolo malo factum esse dicatur* nur auf das Mandat beziehen sollte, drei separate konsekutive *neque* erwarten würde.[41]

Aber auch was *quod* in der Wendung bedeutet, ist unklar. Eine naheliegende Vermutung wäre ein explizierender Hinweis, der sich darauf bezieht, dass alle drei genannten Klagen einen *fides*-Verstoß zur Grundlage haben. Julián González[42] macht hier auf die Parallele bei Cicero, nat. deor. 3,30,74 aufmerksam, wo es heißt: „*inde tot iudicia de fide mala, tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae … contra fidem fiunt*“. Das *quod* wäre demgemäß am ehesten kausal im Sinne von *quia* zu übersetzen. Seine Funktion wäre rein explikativ (und nicht limitierend).[43]

Andere verstehen das *quod* hingegen einschränkend. So meint etwa Lamberti, dass der Ausschluss der Klagen hier darauf beschränkt sei, dass *dolus* geltend gemacht werde.[44] Und auch Nörr vertritt, dass *quod* hier konditional im Sinne von *si* verwendet wird, also bedeutet: „wenn (= sofern) *dolus malus* behauptet wird“.[45] Tatsächlich ist ein solcher Sinn von *quod* vereinzelt in Juristenschriften belegt. Für Nörr folgt daraus, dass die *lex Irnitana* alle drei Klagen ausschließe, wenn dabei der Kläger *dolus* des Beklagten geltend macht.

Vom philologischen Gesichtspunkt erscheint diese Deutung aber nicht zwingend. Wenn sich der Satzteil auf alle drei zuvor genannten Klagen bezieht, wäre an sich ein Plural zu erwarten. Ausdrücklich nur auf das Mandat bezieht Joseph Georg Wolf den Nebensatz und übersetzt das *quod* zudem kausal: „weil der Auftrag in böser Absicht erteilt worden sein soll“.[46]

Man könnte *quod* aber auch als Relativpronomen zum Mandat (*mandatum quod*) auffassen, was wiederum auf einen Bezug lediglich auf den Auftragsvertrag hindeuten würde: *neque … mandatum quod dolo malo factum esse dicatur*. In der *lex Irnitana* selbst findet man im nahen Umfeld unserer Stelle in der Zeile 7 nach *factum sit* einen klaren relativen Gebrauch von *quod*: hier heißt es *factum sit quod* und in der Zeile 12

41 Lamberti, *Tabulae* 155. Auf alle drei vorher genannten Klagen bezieht den Satz wohl auch M. Crawford in seiner englischen Übersetzung in: *Journal of Roman Studies* 76 (1986) 195: „provided the case is not over freedom or over partnership or fiducia or mandate, involving an accusation of wrongful intent“.

42 González, *Journal of Roman Studies* 76 (1986) 229.

43 In diesem Sinn bereits D´Ors, *Sodalitas* 6 (1984) 2581f und auch noch Nörr, in: Nörr/Nishimura, *Mandatum* (1993) 16 Fn 14; Meissel, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 117 (2000) 563.

44 Lamberti, *Tabulae* 349: „non si agisca …né nei confronti del socio, o in tema di fiducia o mandato, in ciò (limitatamente a ciò) che si sostenga posto essere con dolo“.

45 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 5, unter Berufung auf M. D`Eliade, Sull´uso di „quod“ con il senso di „si“ nel latino giuridico, in: *Studi G. Bonfante* I (1976) 191ff.

46 J.G. Wolf, *Lex Irnitana* (2011) 119.

finden wir *aut de sponsione quae in probrum facta esse dicatur*.[47] Hier ist deutlich, dass sich das *quod* auf *factum* und das *quae* auf die *sponsio* bezieht.[48] Mir scheint damit insgesamt die Annahme, dass sich das *quod dolo malo factum esse dicatur* nur auf das Mandat und nicht auf die *fiducia* und die *societas* bezog, noch nicht eindeutig widerlegt zu sein. Auch dann wäre die Wendung äusserst interessant, die Folgerungen, die man aus ihr ziehen könnte, würden sich aber auf den Auftragsvertrag bzw die *actio mandati* beschränken und für die Haftung bei *societas* und *fiducia* nichts hergeben.

Die Erklärung, dass sich das *quod dolo malo factum esse dicatur* nur auf das Mandat bezieht, würde an sich auch aus einem anderen Grund gut in unser bisheriges Bild passen. Allgemein wird ja angenommen, dass der Ausschluss bestimmter Klagen von der Kompetenz der Gerichtsbarkeit der munizipalen *duumviri* mit dem infamierenden Charakter dieser Klagen zusammenhänge. Was nun die *actio mandati* anbelangt, so weist diese die Besonderheit auf, dass nur die *actio mandati directa* infamierend war, während eine *actio mandati contraria* die Infamiefolge nicht auslöste.[49] Es wäre nun denkbar, dass im *municipium* nur die *actio mandati directa* ausgeschlossen war (bei der regelmäßig doloses Verhalten des Auftragnehmers behauptet wird), nicht aber die *actio contraria*, bei der, wie Ulpian 6 ad ed D. 3,2,6,7 es ausdrückt, nicht *de perfidia*, sondern bloß *de calculo* gestritten wurde.[50] Es erschiene sehr plausibel, dass Letztere mangels Infamiewirkung auch im *municipium* geltend gemacht werden konnte.

Als Zwischenbilanz können wir also festhalten, dass es alles andere als sicher erscheint, dass sich *quod dolo malo factum esse dicatur* nicht bloß auf das Mandat bezog, in welchem Fall keinerlei Rückschlüsse auf die Haftung bei der *societas* möglich wären.

3.2 Zur Deutung des „*dolo malo factum esse dicere*“ in c. 84 *lex Irnitana*

Die zweite Frage betrifft die inhaltliche Deutung von *quod dolo malo factum esse dicatur*. Hiezu wurden bislang zwei Hypothesen aufgestellt: Eine Interpretation bestünde, wie bereits oben erwähnt, in einer reinen beschreibenden bzw erklärenden Bedeutung.[51] Nach dieser Auffassung würde die Wendung nur erklären, dass bei der *actio mandati* (und je nachdem, wie man die oben angeführte Frage beantwortet uU auch für *fiducia* und *societas*) eine Haftung für *dolus* besteht und dass daher die Klage bzw die Klagen aus dem Wirkungsbereich der *duumviri* ausgenommen sei. Diese Deutung

47 Zur *sponsio in probrum facta* siehe M.L. Peluso, Die sponsio in probrum facta im Jurisdiktionskatalog der Lex Irnitana, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 120 (2003) 42ff.

48 Auf der anderen Seite scheint gegen die Verwendung des *quod* als *si* zu sprechen, dass weiter unten in c. 84 Zeile 17 ein konditionaler Nebensatz eindeutig mit *si* eingeleitet wird.

49 Vgl den Ediktswortlaut bei Julian 1 ad ed D. 3,2,1. Die im Hinblick auf die allgemeine Aussage von Gai. Inst. 4,182 (derzufolge die Verurteilung aus der *actio mandati* die Infamie nach sich ziehe) geäußerte Interpolationsannahme – vgl etwa Kreller, *Festgabe Heck* (1931) 130 Fn 3 – erscheint mir nicht zwingend, da die Aussage des Gaius bloß exemplifizierend die *actio mandati* als eine jener Klagen anführt, bei denen (lediglich) die *condemnatio* infamierend wirkt und diese Klagen den Deliktsklagen gegenüberstellt, bei denen auch eine vergleichsweise Bereinigung nicht vor der Infamie schützt.

50 Ulpian 6 ad ed D. 3,2,6,7: *Contrario iudicio damnatus non erit infamis nec immerito. Nam in contrariis non de perfidia agitur, sed de calculo, qui fere iudicio solet dirimi*.

51 Siehe schon oben bei Fn 43.

würde die Übersetzung des *quod* als *quia* nahelegen. Da wir auch aus den bereits vorher zugänglichen Quellen viele Hinweise darauf haben, dass im frühen ersten Jahrhundert bei allen drei der genannten Verträge eine *dolus*-Haftung bestand, liegt eine solche Erklärung an sich nahe und würde sich gut ins Gesamtbild fügen. Allerdings muss man sich dann die Gegenfrage gefallen lassen, warum eine solche Selbstverständlichkeit überhaupt in der *lex municipalis* eigens erwähnt wird. Darüber hinaus lässt das *dicatur* doch erwarten, dass *dicere* eine technische Bedeutung im prozessualen Kontext zukommen dürfte.

Alvaro d'Ors dürfte das *dicere* auf den Ausspruch des Richters in der *condemnatio* beziehen,[52] was mir allerdings im systematischen Zusammenhang des Textes wenig wahrscheinlich scheint. Die Annahme, dass die Kompetenz eines Gerichtsmagistrats davon abhängen soll, welche Worte der *iudex* im späteren Verfahrensabschnitt *apud iudicem* in der Verurteilung formulieren wird, wirkt wenig überzeugend. Die Zuständigkeit muss ja bereits *in iure* geklärt sein.

Aus diesem Grund hat auch Nörr in seinen jüngsten Überlegungen einen anderen technischen prozessualen Sinn des *dicere* im Zusammenhang mit den vorprozessualen Verhandlungen der Parteien angenommen. Er denkt dabei an eine *praescriptio (pro actore)*, durch die von vornherein der Streit so beschränkt werde, dass die Geltendmachung eines *dolus*-Vorwurfs von Seiten des Beklagten ausgeschlossen sei. Die Behauptung dolosen Verhaltens wäre so durch die Formulierung des Streitprogrammes unmöglich gemacht.[53] Eine Konsequenz eines Ausschlusses der Diskussion über ein allfälliges doloses Verhalten des Beklagten wäre nach Nörr auch der Nichteintritt der Infamiefolge der *condemnatio*.[54]

Mir erscheint dies wenig plausibel, da es voraussetzen würde, dass die Infamie, die nach unserer Kenntnis die direkte Folge der Verurteilung aus einer *actio pro socio*, *actio fiduciae* oder *actio mandati directa* war (sofern gegen den Beklagten *suo nomine* vorgegangen wurde), vom Inhalt einer allfälligen *praescriptio pro actore* abhängig gewesen wäre. Im Allgemeinen dient die *praescriptio pro actore* ja dazu, für den konkreten Fall den Streitgegenstand einzuschränken, was vor allem für die Klagenkonsumption von Bedeutung war.[55] Dabei betrifft die *praescriptio* lediglich die Rechtsbeziehung zwischen den Parteien des Verfahrens, indem der Streit im Vergleich zum möglichen weiteren Umfang der Klage-Formel eingeschränkt wird. Da nun aber die Infamie (man könnte auch hinzufügen: aufgrund des allgemeinen Interesses der Rechtsgemeinschaft) als eine objektive Folge der Verurteilung bei bestimmten Klagen eintritt, ist die Annahme einer Dispositivität durch prozessuale Einschränkungen, die bloß *inter partes* wirken, zumindest nicht selbstverständlich.

Was aber den zweiten Teil der Deutung Nörrs anbelangt, die Annahme einer allgemeinen Haftung für *culpa* für alle drei angeführten Kontrakte, so muss man doch zu bedenken geben, dass eine solche für die fragliche Zeit aus den Juristenschriften

52 A. d'Ors, *Sodalitas* 6 (1984) 2582, der aus c. 84 *lex Irnitana* schließt, dass nur die Verurteilung wegen dolosen Verhaltens infamierend war.

53 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 20f. Als Wortlaut einer solchen *praescriptio* denkt Nörr an „*si in ea re nihil dolo malo istius factum sit*".

54 Nörr, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte–Romanistische Abteilung* 124 (2007) 19.

55 M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozessrecht* (2. Aufl. 1996) 265f.

jedenfalls nicht hervorgeht und auch bei Nörr nur mittels eines Schlusses *e contrario* abgeleitet wird. Ohne dies hier näher vertiefen zu können, wäre die kasuistische Diskussion einer *culpa*-Haftung in der Hochklassik, wie sie insbes aus Gaius D. 17,2,44 und Ulpian D. 17,2,52,2 hervorgeht, schwer erklärlich, wenn eine mögliche Haftung bereits im 1. Jh. n. Chr. so selbstverständlich gewesen wäre, dass auf sie eigens in den Zuständigkeitsregeln der Munizipalgerichtsbarkeit Bezug genommen worden sei.

Will man dem Wort *dicere* in c. 84 *lex Irnitana* eine technische Bedeutung geben und auf eine Klage beziehen, bei der der Kläger geltend macht, dass kein *dolus* vorgekommen sei, so könnte man meines Erachtens Überlegungen anstellen, die in eine ganz andere Richtung gehen: Ich denke hier an die bekannte Unterscheidung von *formula in ius concepta* und *formula in factum concepta*. Gaius Inst. 4,47 erläutert diese Unterscheidung anhand der Beispiele der *actio depositi* und der *actio commodati*.[56] Er fügt aber hinzu, dass es sich dabei nur um Exempel handel:

> *Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati …*

Es gab folglich auch andere Kontrakte, bei denen eine Dualität von Klagen zu bestimmten Zeiten existierte. Die Worte *quod dolo malo factum esse dicatur* könnten sich folglich auch auf eine *actio in factum concepta* beziehen, bei der das *factum* in dem Vorwurf eines dolosen Verhaltens bestand. Ähnlich finden wir dies ja im Formelteil *rem dolo malo redditam non esse* der *formula depositi in factum concepta*, so wie sie uns bei Gaius Inst. 4,47 überliefert ist:

> *At illa formula, quae ita concepta est: IUDEX ESTO. SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEX, NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO ; SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est.*

Verfolgt man diese Gedanken weiter, dann könnte man in unserer Wendung aus der *lex Irnitana* eine Anspielung auf ältere Formen einer *formula in factum* beim Mandat (bzw möglicherweise auch bei der *societas* und bei der *fiducia*) sehen, *formulae*, für die ansonsten die Spuren in den Juristenschriften verloren gegangen sind. Das bleibt zwar in hohem Maße spekulativ, immerhin kann man aber ins Treffen führen, dass zumindest für einen Fall, nämlich die Regressklage des Bürgen, der aufgrund eines Mandats die *fideiussio* übernommen hat, schon seit längerem[57] die Existenz einer eigenen *actio mandati in factum concepta* angenommen wird.[58] Sie wird in etwa folgendermaßen rekonstruiert:

> *Si paret N^m N^m passum esse A^m A^m pro se fideiubere, si quid A^s A^s pro eo solverit, quanta pecunia A^o A^o abest, tantam pecuniam iudex N^m N^m A^o A^o c.s.n.p.a.*

56 Dazu J. Kranjc, In ius und in factum konzipierte Klageformeln bei der Leihe und bei der Verwahrung, in: W. Ernst/E. Jakab, *Usus Antiquus Juris Romani* (2005) 127ff.

57 Lenel, *Edictum perpetuum* (3. Aufl 1927) 296f.

58 Dazu ausführlich H. Kreller, Zum iudicium mandati, Beiheft zum *Archiv für die civilistische Praxis* 133 = *Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt* (1931) 118 bes 120-141.

Im Fall des c. 84 könnte das *factum*, auf das sich die *formula in factum concepta* bezieht, im *dolus*-Vorwurf bestehen, ähnlich wie bei der *actio depositi in factum concepta* auf das *dolo malo rem redditam non esse* Bezug genommen wird. Wenn man dann einen Gegenbegriff zu der als *formula in factum concepta* gedachten Klage, für die es heisst *quod dolo malo factum esse dicatur*, sucht, so wäre dies wohl die entsprechende *formula in ius concepta*.

4. Schlussbemerkung

Laurens Winkel gehört zu den nachdenklichen und (selbst-)kritischen Angehörigen unserer Zunft. Ihm seien daher diese Zeilen, aus denen mehr der Zweifel an den bisher vorgelegten Deutungen spricht, als die Sicherheit, selbst eine völlig überzeugende Erklärung geben zu können, in herzlicher Verbundenheit gewidmet. In Summe hoffe ich gezeigt zu haben, dass sich aus dem Kap. 84 der *lex Irnitana* keine definitiven Schlüsse hinsichtlich der Existenz einer allgemein anerkannten *culpa*-Haftung bei der *societas* im 1. Jh n Chr ziehen lassen. Die diesbezügliche Skepsis beruht aber nicht nur auf den angeführten Schwierigkeiten der Deutung von *quod dolo malo factum esse dicatur*, sondern stützt sich – was hier nur angedeutet werden konnte – insbesondere auf jene Stellen, die auf eine differenzierte und wohl noch kontroverse Diskussion dieser Haftungsfragen bei den Juristen des zweiten Jahrhunderts schließen lassen.[59] Diese werden wohl weiterhin den Ausgangspunkt der Diskussion der Haftungsmaßstäbe bei der *societas* im klassischen römischen Recht bilden müssen.

Abstract

Chapter 84 of the *lex Irnitana* excludes a number of *iudicia* from municipal jurisdiction. In the list of excluded actions we find the following in lines 9 and 10: *neque pro socio aut fiduciae aut mandati quod dolo malo factum esse dicatur*. In an article in the Savigny-Zeitschrift (2007) Dieter Nörr argues that this is a proof of liability for *culpa* in the three relevant contracts (*societas*, *fiducia* and *mandatum*). According to Nörr, in respect of none of those contracts was a claimant excluded from initiating an action before the municipal court, if he declared *in iure* that his claim was based not on *dolus,* but merely on *culpa*. This assumption implies that in all three contracts liability for *culpa* already existed in the first century AD. The present contribution approaches the question from the perspective of the classical law of *societas*. Whereas the traditional view of twentieth-century scholars was that liability was limited to *dolus*, a different picture has been painted recently. Even if there are traces of liability for *culpa* in at least some hypotheses (for example in the case of a partner who has pledged to contribute a specific skill to the partnership), the matter seems to have been still unresolved in the early second century

59 Vgl insbes Celsus in Ulpian D. 17,2,52,2, wo die Haftung für *culpa* von Celsus mE nur für die speziell genannten Fälle des Versprechens einer qualifizierten Arbeitsleistung (*ars* bzw *opera*) sowie bei der Beschädigung einer *res communis* ausdrücklich bejaht wird. Auch Gaius D. 17,2,72 deutet auf eine noch in Gang befindliche Diskussion zur Konturierung einer *culpa*-Haftung hin.

AD (cf. D. 17,2,52,2). It therefore seems unlikely that the *lex Irnitana* (promulgated in the last decade of the first century AD) already presupposed liability for *culpa* in general. More importantly, the wording of the *lex Irnitana* is rather puzzling. It is not clear whether the phrase *quod dolo malo factum esse dicatur* refers only to mandate or to *societas* and *fiducia* too. Even if the latter is assumed, various possible translations are possible. Nörr reads it as a restrictive clause (in the sense of "*if* it is said that something was done with *dolo malo*"). Yet it could also be understood as a mere explanatory remark ("*because* it is said that something was done with *dolus malus*"), which means it could definitely not be understood as a proof of liability for *culpa*. This paper explores the new hypothesis that *quod dolo malo factum esse dicatur* could be a hint of an − until now not clearly identified – *formula in factum concepta*, which included a reference to a *factum dolo malo*. The conclusion drawn is that continuing uncertainties do not allow us to view the *lex Irnitana* as a proof of a generally accepted liability for *culpa* in the contracts of *societas*, *fiducia* and *mandate* during the first century AD.

NOTAS SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA CONDENA CAPITAL DE LA MUJER EMBARAZADA EN EL DERECHO ROMANO[1]

Rosa Mentxaka*

1. Presentación

Tradicionalmente se ha relacionado el avance en el movimiento abolicionista de la pena de muerte con lo que se ha venido llamando "el derecho penal humanitario" y ha sido considerado una conquista de las sociedades democráticas contemporáneas. Sin embargo, la paralización de la ejecución de la condena capital de la mujer embarazada hunde sus raíces en el derecho romano. En esta exposición pretendo reflexionar tanto sobre las razones de dicha excepción como sobre la evolución histórica de la regulación[2]; los motivos humanitarios, determinantes en la actualidad, no fueron los que probablemente condicionaron las disposiciones jurídicas en Roma, cuya sociedad se mostró amante de espectáculos sangrientos y crueles[3]; por ello, resulta difícil pensar en la *humanitas* como fundamento de la excepción a la ejecución de la condena.

2. Las fuentes romanas

Por lo que se refiere a ellas no sólo disponemos de los escritos de los juristas romanos sino que también se nos han transmitido dos actas de mártires cristianas. Por consiguiente, comentaré muy brevemente los citados textos.

1 Estas páginas deben insertarse en el ámbito del proyecto de investigación I + D: DER 2010-18019/JURI.

2 Con el título de "Pena de muerte y mujer embarazada: notas sobre un binomio de larga tradición histórica" publicaré próximamente otro artículo más extenso en el que desarrollo en especial la evolución de la regulación en el derecho histórico español.

3 Sobre los espectáculos públicos en la vida política del Imperio vid. p. ej.: Cantarella *I supplizi capitali in Grezia e a Roma* (1961); Kyle *Spectacles of Death in Ancient Rome* (1998); Gaddis *There is No Crime for Those Who Have Christ. Religious Violence in the Christian Roman Empire* (2005) 16 ss.

* Profesora, Catedrática de Derecho Romano, Departamento de Derecho Romano y Eclesiástico, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 628-637

Los dos pasajes transmitidos en el Digesto proceden del cásico tardío Ulpiano, concretamente de su comentario *Ad Sabinum*[4], jurista este último que escribió al inicio del principado los *Libri tres iuris civilis*[5], obra que no sabemos con precisión si fue un manual elemental de derecho civil[6], un simple compendio de *ius non controversum* que recogía *responsa*[7] o una edición comentada sin que ello permita individualizar un particular tipo de obra *jurídica*[8]; fuera lo que fuera no resulta sencillo establecer la parte procedente de Sabino[9] y distinguirla del comentario atribuido, en nuestro caso a Ulpiano; seguidamente, paso a tratar sus dos pasajes siguiendo el orden de aparición en el Digesto.

2.1 Dig. 1,5,18 (Ulp., 27 *ad Sabinum*)

Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris.

Si nos acercamos al texto intentando distinguir la parte escrita por Sabino de la parte de Ulpiano, el fracaso está garantizado ya que nos informa sobre el contenido jurídico de una constitución imperial de Adriano, por lo tanto de aproximadamente un siglo después

4 Schulz *History of Roman Legal Science* (1953) 212-214 sostiene que en la época postclásica la obra sufrió cambios radicales y que la revisión efectuada desplazó por completo el original. En cambio, Honoré *Ulpian. Pioneer of Human Rights* 2ª. ed. (2002) 114 la considera básicamente auténtica; Liebs *Domitius Ulpianus* en Sallmann (ed.) *Handbuch der lateinische Literatur IV* (1997) 178-179 destaca que ya antes del 320 había sido objeto de pequeños glosemas y que durante los siglos IV y V está acreditada su presencia en Egipto, Palestina y Constantinopla; a los compiladores justinianeos los más de 500 fragmentos les llegaron reducidos.

5 Véase al respecto por ejemplo: Liebs "Rechtschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat" *ANRW* II/15 (1976) 216; Astolfi *I libri tres iuris civilis di Sabino* (1983) así como la recensión de Luchetti *I Libri iuris civilis di Sabino* 1987 *AG* 53 y ss., donde hace un repaso de la literatura romanística existente sobre la obra; como no fue directamente manejada por los compiladores su contenido se deriva de las citas existentes sobre ella, por lo que los especialistas han intentado reconstruir el sistema de Sabino tomando como base el reparto de las materias existentes en los comentarios a Sabino de Pomponio, Paulo y Ulpiano.

6 Schulz (n. 4) 156-158 para quien nos encontramos ante un manual elemental formulado mediante lacónicas disposiciones axiomáticas y preparado para sus discípulos de la escuela sabiniana que se empleó como tal hasta época de Adriano; también reproduce la idea Varela en Domingo (ed.) *Juristas Universales*. 1. *Juristas antiguos* (2004) 154.

7 En este sentido: Bauman *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire. A Study of Relations Between the Roman Jurists and the Emperors from Augustus to Hadrian* (1989) 66.

8 Vid. Liebs, recensión a Astolfi (1985) *SDHI* 565-567.

9 Schulz "Sabinus-Fragmente in Ulpians Sabinus-Commentar" (1964) *Labeo* 50-56 menciona los criterios formales seguidos por él para intentar distinguir en los fragmentos la parte o lema de *Sabinus*, que en raras ocasiones es *Sabinus respondit*; en su opinión, locuciones como *quod verum est, quae sententia vera est, quae sententia habet rationem et a nobis probatur, et recte, hoc iure utimur, ita utimur, hoc totiens verum est, hoc ita ... nisi forte, hodie hoc non procedit*, etc. sirven, en clave formal para distinguir la parte de Sabino de la de Ulpiano. A este criterio formal, Astolfi (n. 5) 1-7 añadió el criterio histórico: lo que dice el comentario que responda a lo que sabemos fue la regulación jurídica de la cuestión en época de Sabino.

del momento histórico en el que Sabino escribió sus tres libros comentando el derecho civil. Esta razón explica el por qué cuándo se pretende saber qué han escrito Schulz o Astolfi sobre este texto atribuido a Sabino la respuesta sea el silencio; ninguno de ellos lo ha tratado como un escrito procedente de Sabino, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que en la referencia al rescripto imperial adrianeo resulta difícil encontrar el lema sabiniano.

Según el inicio, el emperador Adriano estableció en un rescripto dirigido a un tal Publicio Marcelo[10] que la (mujer) libre que, estando embarazada, fuera condenada a muerte, daba a luz una persona libre y era habitual custodiarla hasta que pariera. En mi opinión, de la respuesta dada por el emperador cabe suponer que la consulta formulada pudo ser la que sigue: ¿qué condición jurídica tendría la persona nacida formalmente de una mujer esclava tras la condena correspondiente, sería esclava, por seguir la condición jurídica de la madre en el momento del parto, o sería libre, por seguir la condición jurídica de la madre en el momento de la concepción? Al responder a esta pregunta del legado imperial, la respuesta de Adriano (la mujer daba a luz una persona libre) viene acompañada de una afirmación importante para nuestro tema: era usual que la mujer embarazada que hubiera sido condenada al último suplicio[11] (pena que implicaba la esclavitud para la persona de baja condición social a ella condenada) quedara custodiada hasta que diera a luz (*et solitum esse servari eam, dum partum ederet*); me parece importante señalar que el rescripto imperial destacara como habitual este hecho (*solitum esse*)[12], lo que da a entender que estamos ante una práctica incontrovertida que se viene desarrollando con antelación en el tiempo[13] y que, desde luego, la constitución del primer tercio del siglo II p. C., confirma.

El texto hace referencia a un rescripto imperial y nos plantea la pregunta del por qué consultó el legado al emperador. Pienso que una respuesta aceptable puede ser la que parte de la siguiente hipótesis: probablemente, en este momento histórico, es decir

10 Honoré (n. 4) 149 subraya que Ulpiano cita en Dig. 38,17,2,8 a *Publicius*, un jurista que escribió durante el reinado del emperador Adriano o al inicio de los Antoninos; sin embargo, probablemente nos encontramos ante *C. Quinctius Certus Publicius Marcellus*, *consul suffectus* en el año 120 así como legado en época de Adriano de las provincias de Siria (donde estuvo entre los años 130-131 y 134-135) y de Germania Superior (entre los años 121 y 127) al que con el número 1042 se le menciona en la *Prosopographia Imperii Romani Saec. I.II.III Pars VI* (1998) 434-435.

11 Según Heumann-Seckel *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* 11ª. ed. (1971) 572, *ultimum* o *summum supplicium* se emplea por parte de los juristas romanos para señalar la pena de muerte. Santalucia *Derecho penal romano* (1990) 116-117 subraya que la crucifixión, exposición a las fieras o la hoguera se imponían bien en los crímenes de mayor gravedad, bien en los casos de que los hubieran cometidos personas pertenecientes a clases sociales humildes (esclavos o *humiliores*); la persona condenada pasaba a ser "sierva de la pena" y en calidad de esclava se le privaba de toda capacidad jurídica, su matrimonio se disolvía, sus bienes eran confiscados y no podía ni recibir ni disponer por testamento. Vid. también sobre los tres *summa supplicia* Robinson *Penal Practice and Penal Policy in Ancient Rome* (2007) 106 incidiendo en la misma idea.

12 Heumann-Seckel (n. 11) 544 destaca que *solitus* se emplea para subrayar que un hecho es "*gewöhnlich* o *gebräuchlich*".

13 El que el pasaje proceda del comentario a Sabino nos hace suponer que la cuestión ya se había planteado al inicio del Principado (no olvidemos la legislación matrimonial de Augusto que fomentaba la procreación) y desde entonces se podría venir practicando por coincidir con la filosofía de dicha legislación.

en el primer tercio del siglo II p. C., aún no estaba totalmente asentado el principio de que la persona nacida de una madre esclava sería libre, si la madre lo había sido en el momento de la concepción; como se sabe, es un pasaje procedente de las instituciones de Marciano[14] (Dig. 1,5,5,2[15]) por lo tanto de finales del siglo II – inicios del III p. C. el que informa de este principio; ello significa que en época de Adriano podían existir dudas sobre la condición jurídica del nuevo ser nacido de una madre esclava en el momento del parto; por ello, el legado consultó al emperador.

El fragmento en su segunda parte, la que inicia con *sed*, trata de otro tipo social de ciudadana condenada, al señalar que si a la que había concebido en justas nupcias se le había aplicado la prohibición de agua y fuego, es decir había sido enviada al exilio (que como sabemos suponía la pérdida de la ciudadanía, la confiscación de los bienes y la prohibición de regresar bajo pena de muerte al territorio urbano, además de ser la forma habitual de materializar la pena capital a finales de la República e inicios del Principado para los ciudadanos romanos[16]), dicha mujer – de alta condición social – alumbraba un ciudadano romano que estaría bajo la potestad del padre. El hecho de que se inicie con la conjunción adversativa *sed*, permite suponer que la frase intenta establecer una corrección o pretende introducir una oposición, aunque sea parcial a la afirmación previa referida a la mujer libre; ahora se está hablando de otro tipo de mujer, es decir de una mujer de alta condición social que se ha quedado embarazada en una relación matrimonial legítima; en este segundo caso en el que el embarazo de la ciudadana había tenido lugar en un justo matrimonio, la descendencia no sólo nacía libre sino que también quedaba sometida a la *patria potestas* paterna.

En resumen, si tenemos en cuenta las dos partes de la fuente vemos que en ella se contraponen las diversas formas que puede adoptar la pena capital en función del origen social de la persona en época de Adriano (los *summa supplicia* para los *humiliores* o esclavos y la prohibición de agua y de fuego = exilio para los ciudadanos *honestiores*) con la consecuencia común de pérdida de ciudadanía de la mujer condenada y el problema que ello plantea respecto de la condición jurídica del futuro ser.

El pasaje da por supuesto que la no ejecución de la pena capital de la mujer libre y ciudadana romana es una regla asentada, pero no explica el por qué de la misma; para saber su fundamento, nos puede ayudar, al margen del contenido de la fuente, el tener en cuenta su ubicación; en el Digesto se nos ha transmitido en el título quinto del libro primero dedicado al estado de las personas, mientras que cuando acudimos a la Palingenesia de Lenel[17] vemos que está inserto en un libro que llevaba por título *De statuliberis*.

14 Estamos ante un jurista que desarrolló su actividad en época de los Severos, hacia el 220 p. C.; al respecto p. ej.: Andrés Elio Marciano en Domingo (ed.) *Juristas universales*. 1. *Juristas antiguos* (2004) 211-214.

15 Vid. también PS 2,24,2.

16 Sobre la locución *aqua et igni interdictum* vid. por ejemplo: Santalucia (n. 11) 69 y 72 con la numerosa bibliografía recogida en la nota 3. así como Robinson (n. 11) 106 quien subraya que a finales de la Republica e inicios del Principado la pena de muerte habitualmente se conmutaba por el exilio en forma de *aquae et ignis interdictio*.

17 Lenel *Palingensia iuris civilis. Volumen alterum* (1960) 1114.

Como he señalado ya, no me parece descabellado suponer que se preguntara al emperador por la condición jurídica de la persona nacida de la mujer embarazada que había sido condenada a pena capital y pasaba a ser esclava; en mi opinión, ello implica que si se demoraba la ejecución de la pena de muerte no era tanto para permitir que viviera más la madre, esclava tras la condena, sino para facultar que naciera un nuevo ciudadano o ciudadana que además, si había sido concebido/a en justas nupcias quedaba sometido/a a la *potestas* paterna; si esto era así, me parece defendible que no se pretendía tanto proteger a la mujer embarazada como, sobre todo, bien las expectativas del Estado de acoger a nuevos ciudadanos libres, bien las expectativas del padre de poder ejercer sobre sus hijos su patria potestad.

2.2 Dig. 48,19,3 (Ulp., 14 *ad Sabinum*)

Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quoad pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est.

Como ya he señalado también este segundo fragmento procede del mismo autor y de la misma obra, si bien, en esta ocasión de un libro diverso: el décimo cuarto; Ulpiano aborda otra vez el tema de suspensión de la ejecución de la condena aunque de una manera bastante más genérica; en mi opinión, en esta ocasión de nuevo podemos distinguir dos partes en la fuente: en la primera el jurista menciona la pena capital cuya ejecución se demora hasta que alumbre al nuevo ser (... *poena differtur quoad pariat*).

Y el que la segunda inicie mediante la expresión *Ego quidem ... scio observari*[18], nos puede hacer pensar en la existencia de un doble nivel de redacción[19]; por un lado, la parte escrita por el propio Ulpiano, la que inicia ahora con *ego* y afirma que la mujer embarazada no puede ser sometida a tortura y por otro la inicial, que hemos visto ya, en la que a modo de sentencia o axioma no controvertido se habría establecido como principio en época de Sabino[20] que la ejecución de la pena capital impuesta a la mujer embarazada se retrasaba hasta que diera a luz. Si se acepta esta hipótesis interpretativa[21], cabe afirmar que ya desde los inicios del Principado se demoró la ejecución capital de la embarazada, hecho que en alguna medida concuerda con la información proporcionada por el pasaje anterior que establecía que en época adrianea se consideraba este hecho una práctica habitual.

Además, hemos visto que en la segunda parte se dice por boca de Ulpiano que la mujer no puede ser sometida a tortura mientras esté embarazada. Como se sabe, según las pautas establecidas por el derecho penal romano inicialmente la tortura sólo se podía

18 Según Honoré (n. 4) 55 para expresar sus puntos de vista jurídicos Ulpiano emplea la primera persona (*ego, me, mihi, ego puto, ego autem puto, ego non puto, ego credo, ego opinor, ego quaero*, etc.) como en nuestro caso el *ego scio*, lo que es poco frecuente en época de los Severos.

19 En este sentido Schulz (n. 9) 71 en la versión de su obra reimpresa por Labeo.

20 Vid.: Adamé Goddard *Palingenesia de las Sentencias de Paulo* en *http //biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/4.pdf*, 1613.

21 Hecho no ciertamente pacífico ya que según Astolfi (n. 5) 1 n. 1 y 74-75, basándose en que, a diferencia de Schulz, Sabino no habría dedicado una rúbrica que tratara de los herederos póstumos, dentro de los *legitimis heredibus*.

aplicar a los esclavos[22] y no a los hombres libres[23] salvo que la acusación fuera de crimen de lesa majestad, en cuyo caso, todas las personas al margen de su condición jurídica o estatus social podían ser torturadas[24]; por consiguiente, parece lógico deducir que el texto mediante esta referencia nos está dando a conocer que la paralización y la prohibición de las torturas se refería tanto a mujeres libres de baja condición social como a esclavas, además de permitirnos interpretar, en sentido contrario, que la tortura y la ejecución sólo serían factibles tras el alumbramiento.

En síntesis, el texto, a diferencia del anterior habla de todo tipo de mujeres embarazadas, incluso de mujeres esclavas, lo que supone una modificación respecto de la regulación de inicios del Principado circunscrita a las mujeres libres y ciudadanas; además en época de los Severos, a la suspensión de la pena capital se ha extendido la imposibilidad de torturar a toda mujer, al margen de su condición jurídica y/o social.

Pero tampoco aquí tenemos referencia alguna al por qué de la disposición. En el Digesto, el pasaje se nos ha transmitido en el título décimo noveno del libro cuadragésimo octavo, que trata de las penas, mientras que en la Palingenesia de Lenel[25] lo encontramos ubicado en un libro que trata de los herederos legítimos, concretamente en un apartado dedicado al heredero póstumo.

Con base en todos estos datos, podríamos pensar en que son varias las razones que subyacen en la paralización de la condena: (a) de un lado, los intereses del Estado en favorecer el nacimiento de nuevo/as ciudadano/as; (b) de otro, los del *pater familias* en tener descendencia a la que transmitir el nombre y el patrimonio[26] y (c) sin dejar de lado los intereses del *dominus* en ver aumentado su patrimonio al nacer un/a esclavo/a si la madre embarazada tenía dicha condición. Como la tortura – que como he subrayado se practicaba sólo con los esclavos o con personas de origen social muy bajo – durante el embarazo podía dificultar el nacimiento del nuevo ser, lógicamente se prohíbe también dicha actuación.

Y que la aplicación de este principio: imposibilidad de ejecutar la pena capital o de torturar a la mujer embarazada al margen de su estatus o condición no era una disposición teórica sino que tenia aplicación real en los procesos, las sentencias y su ejecución se pone de manifiesto en los dos pasajes siguientes procedentes de:

22 Dig. 48,18,8 pr. (Paul, *De adult*., 2). Sobre el texto poniéndolo en relación con otros: Vigneron "La question judiciaire vue par les jurisconsultes romains", en *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques* (2002) 279.

23 En este sentido: Vigneron (n. 22) 283-285 y Garnsey *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire* (1970) 141 subrayan que durante los Antoninos y los Severos no se podía torturar a los *honestiores*.

24 Dig. 48,18,10,1 (Arcad., *L. s. de test.,*).Véase al respecto: Vigneron (n. 22) 285; Robinson (n. 11) 107 destaca los intentos de delimitación.

25 Lenel (n. 17)1050-1053.

26 Según Adamé Goddard (n. 20) 1613 la razón era defender los derechos hereditarios del no nacido como lo demuestra el que formara parte del título sobre el derecho del póstumo. Kühne *Reas y victimas*, en Höbenreich-Kühne *Las mujeres en Roma antigua. Imágenes y derecho* (2009) 139 ss. interpreta que la protección no se producía respecto de la mujer o el niño por cuestiones humanitarias sino utilitaristas; en realidad se pretendía proteger el poder del marido sobre el vientre de la mujer.

2.3 Las actas de los mártires cristianos

El primero de los fragmentos[27] procede de la Pasión de Perpetua y Felicidad[28] y se suele aceptar que pese a que recoge el martirio acontecido, probablemente en el anfiteatro de Cartago, con motivo de los juegos organizados el siete de marzo del 203 para celebrar el decimocuarto cumpleaños del césar Geta; ello significa que estamos ante un documento que acredita la práctica de la suspensión de la ejecución de la pena capital en época de Ulpiano.

Según el texto, Felicidad, que sabemos era esclava[29], estaba en estado de gestación en el momento de la detención; al parecer, esta circunstancia del embarazo le angustiaba ya que podía aplazarse la ejecución de su sentencia al no estar permitido – dice el texto – que las mujeres embarazadas sufrieran la pena capital; en otras palabras el contenido del documento martirial nos confirma la aplicación de esta disposición a las mujeres esclavas en los inicios del siglo III en que transcurren los hechos descritos, dándonos a entender mediante la expresión *quia non licet*[30] que estamos sin lugar a dudas ante un principio jurídico; sin embargo, una vez más se guarda silencio sobre las posibles razones de la suspensión, que en el presente caso tendríamos que suponer, sobre todo, serían los intereses patrimoniales del *dominus* propietario de la esclava condenada.

El segundo de los fragmentos. procede del martirio de Ágape, Quionía, Irene y demás compañeros[31], que se produjo en Tesalónica, en marzo o abril del año 304, con motivo de los edictos de persecución de Diocleciano[32]; parece que las tres jóvenes habían huido al monte a raíz del primer edicto de febrero del 303, tal vez por constituir un grupo de mujeres consagradas y fueron arrestadas cuando ya había entrado en vigor el cuarto edicto que preveía la pena capital para quienes se negaran a ofrecer sacrificios a los dioses; el gobernador, alegando la contravención del edicto imperial dictó la sentencia según la cual, por un lado, Ágape y Quionía fueron condenadas a morir quemadas vivas mientras que, al igual que en el caso anterior acaecía con Felicidad, respecto de la embarazada Eutiquia ordenó el gobernador que fuera custodiada en la cárcel[33].

27 15,2: *Cum octo iam mensium ventrem haberet (nam praegnans fuerat adprehensa), instante spectaculi die in magno erat luctu ne propter ventrem differretur (quia non licet praegnantes poenae repraesentari)* según la edición de Musurillo *The Acts of the Christian Martyrs* (1972) nr. 8, 122-123.

28 Véase al respecto mis análisis de la misma en: Mentxaka "La persécution du christianisme à l'époque de Septime Sevère: Considérations juridiques sur la passion de Perpétue et Felicité" en *Église et pouvoir politique. Actes des journées internationales d'histoire du droit d'Angers* (1987) 63-82 y Eadem "Género y violencia(s) en la pasión de Perpetua y Felicidad" (2012) *INDEX-Donne Famiglia e potere in Grecia e a Roma.* [*Studi per Eva Cantarella*] 447-474.

29 Vid. al respecto mi comentario sobre ello "Género y violencia(s) en la pasión de Perpetua y Felicidad" (n. 28) 451 n. 36 donde analizo las interpretaciones dadas a la expresión "*conserva eius*".

30 Sobre los diversos significados del verbo *licere* el ser algo permitido jurídicamente como consecuencia de un acuerdo contractual o por disposición legal, como sería nuestro caso, véase: Heumann-Seckel (n. 11) 316.

31 Mentxaka "Nota sobre género y violencia en las actas de los mártires cristianos" en *El Cisne II. Violencia, proceso y discurso sobre género* (2012) 233 ss.

32 En este sentido: Musurillo (n. 27) XIIII.

33 4.3-4. Traducción del texto recogido en Musurillo (n. 27) nr. 22, 284-287: 4.3: El prefecto dijo: Puesto que Eutiquia está encinta, por ahora sea custodiada en la cárcel. 4.4. Entonces leyó la sentencia escrita

El texto nos ilustra de nuevo sobre la continuidad de la aplicación del principio que establece la suspensión de la condena capital de la mujer embarazada en los inicios del siglo IV; ahora bien, ahora se nos da un dato adicional importante: hay una serie de personas detenidas, entre las que se encuentra Eutiquia, que debido a su juventud no van a ser ejecutadas sino retenidas en la cárcel; en este caso, al margen del embarazo, también la edad – sin que sepamos especificar qué significa con precisión ello, por ejemplo: la minoría de edad legal – parece erigirse en argumento objetivo que sirve para paralizar la ejecución de la condena capital. El texto no concreta más, pero cabe suponer que dicha suspensión sería temporal, es decir hasta que cumplieran la edad legal de ejecución o/y en el caso de Eutiquia, además diera a luz.

Tampoco se dice nada sobre las razones de la suspensión de la ejecución en el caso de Eutiquia, limitándose el pasaje a dar fe de la aplicación de una norma. Sin embargo, el acta aporta un dato adicional y es que las personas jóvenes tampoco van a ser ejecutadas; en este supuesto, cabe suponer que la razón por la cual se suspende la condena capital puede ser de carácter humanitario: las personas condenadas no tienen la edad considerada suficiente para actuar con criterio autónomo y la ejecución de la condena se suspende, probablemente, hasta que alcancen la mayoría de edad.

2.4 PS 1,12,4

Praegnantes neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt.

El último de los pasajes a reseñar procede de una obra como sabemos discutida en su autenticidad pero que se suele fechar en lo que se refiere a su redacción a finales del siglo III[34] y que por lo tanto, podría ser contemporánea del documento anteriormente reseñado. Según el texto, las mujeres embarazadas, de nuevo sin distinción de categoría jurídica o condición social, no pueden ser sometidas a tormento ni pueden ser condenadas hasta que den a luz.

El texto en su dicción literal vemos que recoge una modificación importante respecto de lo que habíamos visto en que la mujer embarazada podía ser condenada pero se defería la ejecución; ahora, la mujer embarazada por el hecho de estarlo no podía ser condenada (*neque damnari*), aunque el texto no lo especifica, suponemos que a pena capital.

Hasta qué punto el autor de la fuente al incorporar la prohibición de *damnare*[35] quiso introducir conscientemente una modificación respecto de la práctica usual que

en una hoja: Puesto que Ágape y Quionía, con ánimo rebelde, han actuado contra el divino decreto de nuestros señores Augusto y Césares, y además son seguidores del culto cristiano, hueco, anticuado y odioso para todas las personas pías, he ordenado que sean quemadas en la pira. Y después añadió: Agatón, Irene, Casia, Felipa y Eutiquia, debido a su juventud, por el momento tienen que ser retenidas en prisión.

34 Adamé Goddard en *http //biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1749/3.pdf*, 14, las data en época de Diocleciano. Igualmente Liebs *Romische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen* (2005) 33 ss. fecha la obra a finales del siglo III p. C. Como se sabe, existen serias dudas sobre la autoría de las Sentencias de Paulo: al respecto Liebs "Der Sentenzenverfasser (Pszeudo-Paulus 1)" en Herzog (ed.) *Handbuch der lateinische Literatur V* (1989) 65-67.

35 Según Heumann-Seckel (n. 11) 119 el texto en este caso tiene el sentido de "*verurteilen*".

demoraba la ejecución de la condena capital de la mujer embarazada pero no prohibía la imposición de la pena máxima, o, por el contrario, es fruto de una mera imprecisión del redactor postclásico de la norma, es una cuestión sobre la que no puedo pronunciarme con fundamento.

Y, al igual que en los casos anteriores, tampoco aquí se contiene referencia alguna al fundamento de la disposición; la primera impresión que pudiera producir el texto de que se impedía la condena capital de la mujer embarazada por motivos humanitarios se diluye desde el momento en el que la ejecución se retrasa hasta después de dar a luz.

3. A modo de síntesis

(1) En el derecho romano, ya desde inicios del Principado y, al menos, hasta época dioclecianea se estableció el principio de no ejecutar la condena capital si la mujer estaba embarazada.

(2) En un primer momento, la suspensión de la ejecución se practicó con las mujeres libres y ciudadanas romanas que habían sido condenadas a la pena capital, al margen de su procedencia social y del tipo de condena recibido (exilio o sumo suplicio); sin embargo, ya en época de los Severos, como demuestra el martirio de Felicidad, el principio de la paralización de la condena se aplicaba a toda mujer, tanto si era libre y ciudadana romana como si, incluso, esclava.

(3) A comienzos del siglo IV, si datamos de ese momento histórico las Sentencias de Paulo, se introdujo una modificación en la práctica seguida hasta entonces al prohibirse la condena a la pena capital a la mujer embarazada hasta después de haber parido.

(4) Respecto de los motivos existentes para suspender la ejecución fueron múltiples: (a) en primer lugar, los intereses del Estado en favorecer el nacimiento de nuevos ciudadanos romanos; (b) en segundo lugar, los intereses del *pater familias* en tener descendencia legítima a la que transmitir el nombre y el patrimonio puesto que el nuevo ser había sido concebido en matrimonio legítimo; (c) también debieron jugar un papel en la paralización de la ejecución de la pena capital de la mujer esclava los intereses del *dominus*; y (d) lo que podríamos denominar "intereses humanitarios" tampoco estarían presentes a finales del siglo III o inicios del IV ya que la imposibilidad de imponer una condena capital a la mujer embarazada y ejecutarla cabe pensar que se desvanece al dar ésta a luz.

Abstract

Progress in the movement to abolish the death penalty has been linked with what has been called "humanitarian law" and has been considered a victory for contemporary democratic societies. However, the suspension of the execution of the capital sentence for pregnant women has its roots in Roman law. In this paper, I reflect on the reasons for such an exception and its historical evolution in the Roman Empire. Modern humanitarian considerations were probably not known in Roman law.

BREVI NOTE SULLA "*MORS LITIS*" PER INATTIVITÀ

Antonino Metro*

1. Fra i principali difetti del sistema giudiziario italiano[1], il primo posto va senz'altro assegnato alla durata "indefinita" dei processi, che viola l'aspirazione fondamentale ad una giustizia celere, tale cioè da evitare il protrarsi all'infinito delle liti giudiziarie. Una giustizia tardiva – si suole ripetere – è una "non giustizia"[2]. Si avverte dunque l'esigenza di una perenzione della lite, non per qualsiasi causa interruttiva, ma per inattività (volontaria o meno) delle parti, che evidentemente è cosa diversa dalla prescrizione dell'azione, in quanto riguarda un processo già iniziato, ma protrattosi troppo a lungo nel tempo.

Anche in diritto romano questa esigenza è stata sentita, sia pure in modo rapsodico nelle varie epoche, come risulta dalla testimonianza di alcune fonti.

Dal punto di vista terminologico, non esiste un termine corrispondente a "perenzione", però si trovano il verbo *expirare*[3] (in particolare l'espressione "*iudicium expirat*"[4]) e soprattutto l'abbinamento con *lis* del verbo *mori*: è il caso di "*litem mori*" (Gai 4.104, D. 42.8.3.1), "*lite mortua*" (D. 46.7.2) e "*mors litis*" (C. 3.1.13.5).

Si tratta di pochi spunti, sicché anche le trattazioni dottrinali in argomento sono abbastanza sporadiche[5]. Le fonti, infatti, non consentono di tracciare un'evoluzione

1 Ma il problema non riguarda solo l'Italia. Basti citare l'art. 6 della "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" (Roma 1950) secondo cui ognuno ha diritto, sia nel campo civile che in quello penale, ad un processo da svolgersi "entro un termine ragionevole".

2 Cfr. Cic., *pro Caec.* 2.7: *Nam ut quaeque res est turpissima, sic maxime et maturissime vindicanda est at de eadem hac, quia existimationis periculum est, tardissime iudicatur.*

3 In una dozzina di testi, che tuttavia non riguardano l'argomento (tranne Gai 4.104), di cui parleremo subito.

4 Gai 4.104; *Frag. Aug*. 99.

5 M. Amelotti, *La prescrizione delle azioni in diritto romano* (Milano 1958) 5 nt. 10, cita: P. Tuor, *Die "mors litis" im römischen Formularverfahren* (Leipzig 1906), unica monografia in argomento e un articolo di F. Bonifacio, *L'estinzione del giudizio per mors litis*, in *Arch.Giur.* 142 (1952) 34 ss., cui si possono aggiungere le poche pagine dedicate al diritto romano da G. Giannozzi, *Premessa storica allo studio della estinzione del processo per inattività delle parti*, in *Jus* 14 (1963) 164 ss. Più di recente, va ricordato R. Martini, *La legislazione giudiziaria di Augusto e la durata dei processi*, in *Seminarios complutenses de derecho romano* 1 (1990) 93 ss.

* Dr. Dr. h.c., Professore emerito nell'Università di Messina.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 638-647

storica, ma solo di fissare alcune tappe fondamentali, sì da abbracciare (limitando la nostra attenzione al *iudicium privatum*) l'intero arco di tempo compreso fra le XII Tavole e Giustiniano. Ciò è sufficiente, peraltro, ad escludere che si possa parlare di un "istituto" della perenzione, che abbia attraversato tutto lo svolgimento storico del diritto romano, pur con modifiche ed adattamenti. È solo questo lo scopo delle presenti note, il cui principale merito sta nel fornire l'occasione di rendere omaggio ad uno studioso illustre, nonché amico di vecchia data.

2. Il problema della rapidità dei processi venne posto in Roma già dalla legislazione decemvirale. Lo dimostrano innanzi tutto due versetti della prima *tabula*, così formulati:

Tab. 1.8 *post meridiem praesenti litem addicito.*
Tab. 1.9 *Si ambo praesentes, solis occasus suprema tempestas esto*[6].

Un'altra norma riguardava motivi di grave impedimento del giudice o di una delle parti, quali una grave malattia o un indifferibile impegno fissato per un giorno stabilito:

Tab. 2.2 ... *morbus sonticus*[7] ... *aut status dies cum hoste ... qui horum fit [vitium] iudici arbitrove reove, eo dies diffisus esto*[8].

Inoltre, dopo la scelta del giudice nella fase *in iure*, le parti erano tenute a presentarsi dinanzi a lui con un solo giorno di intervallo (c.d. *comperendinatio*)[9].

Non v'è dubbio, dunque, che il legislatore decemvirale si muove in una "prospettiva di semplicità e rapidità del procedimento" ed anche se, in pratica, col decorso del tempo, si giunse ad ammettere che il processo potesse impegnare più udienze, nel caso in cui il giudice non fosse riuscito ad acquisire e a valutare le prove, il fatto che "le varie possibili attività (*causam coicere, perorare, litem addicere*, etc.) sono regolate in rapida successione, e i limiti temporali rispettivamente (e progressivamente) fissati (*ante meridiem, post meridiem, solis occasus*) mostra[no] chiaramente che nella previsione normativa il procedimento doveva svolgersi nello spazio di uno stesso giorno e comunque esaurirsi entro il termine massimo (*suprema tempestas*) del tramonto"[10].

Per i secoli successivi, siamo di fronte ad un lungo periodo di "buio", in quanto la successiva testimonianza relativa al nostro argomento risale addirittura alle Istituzioni di Gaio:

Gai 4.103: *Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur.* 104: *Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque <e> lege Iulia iudiciaria, nisi*

6 Cfr. le testimonianze di Macr., *Sat.* 1.3.14; Varr., *de l.l.* 7.51; Fest. s.v. *supp<remum>* (L. 396) e s.v. *tempestatem* (L. 499). Per un'accurata esegesi di queste due norme, cfr. G. Nicosia, *Il processo privato romano.* II. *La regolamentazione decemvirale* (rist., Torino 1986) 114 ss.

7 Cfr. Fest., s.v. *Sonticum morbum* (L. 372) *in XII significare ait Aelius stilo certum cum iusta causa quem nonnulli putant esse, qui noceat, quod "sontes" significat recentes.* In dottrina, cfr. L'ampia trattazione (riferita al giudice) di C. Lanza, *Impedimenti del giudice*, in *BIDR.* 90 (1987) 472 ss.

8 Cfr. Nicosia, *Il processo privato romano* cit., 14 ss.

9 Val. Prob., *Notae iuris* 4.9: *(in legis actionibus) I.D.T.S.P. in diem tertium sive perendinum.* Ma v. anche la testimonianza, purtroppo gravemente lacunosa, di Gai 4.15.

10 Nicosia, *Il processo privato romano* cit., 118.

in anno et sex mensibus mori iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori. 105: *Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit.*

L'estinzione del processo per decorso del tempo fu dunque – secondo una *lex Iulia iudiciaria*, verosimilmente la *lex Iulia iudiciorum privatorum* – regolata diversamente per i *iudicia legitima* e per quelli *imperio continentia.* I primi (cioè quelli che si svolgevano fra Romani, a Roma o entro un miglio dalle porte della città e con un giudice unico) si estinguevano dopo 18 mesi; i secondi (cioè quelli non aventi questi requisiti e fondati sull'*imperium* magistratuale) venivano meno con lo scadere dalla carica del magistrato che li aveva proposti.

Per i secoli precedenti, si possono dunque solo avanzare ipotesi. Ed è quello che ha fatto la dottrina, nella quale sono individuabili due orientamenti: secondo alcuni, non esisteva alcun termine di perenzione prima della *lex Iulia iudiciaria*[11], secondo altri (Bonifacio[12]) prima di Augusto tutti i processi soggiacevano alla *mors litis* con l'uscita di carica del magistrato proponente.

A mio sommesso avviso, su quest'ultima tesi non è possibile pronunziarsi, in quanto essa, pur dotata di una certa verosimiglianza, non è sostenuta da appigli testuali. Viceversa, è decisamente da respingere la prima ipotesi, per varie considerazioni.

Innanzi tutto, esistono riferimenti agli istituti decemvirali anche presso scrittori di età avanzata. In particolare, della *diffisio diei* parlano Cic., *de off.* 1.12.37 e Fest. s.v. *reus* (L. 336) che cita Capitone, e soprattutto di entrambi si fa menzione nella *lex Iulia*, come attesta Gellio, che ricorda un discorso del filosofo Favorino[13]:

Gell., *n.a.* 14.2.1: *Quo primum tempore a praetoribus lectus in iudices sum, ut iudicia quae appellantur privata, susciperem, libros utriusque linguae de officio iudicis scriptos conquisivi ... atque in dierum quidem difficionibus comperendi nationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia ... commoniti et adminiculati sumus.*

Ciò dimostra che, almeno per alcuni secoli, le norme decemvirali erano rimaste in vita, sicché non è molto plausibile che da un regime rigoroso come quello decemvirale si sia passati, nei secoli successivi, ad un regime assolutamente liberale, col riconoscimento di una possibile durata illimitata dei processi.

D'altro canto, occorre tener presente la testimonianza di Svetonio, che mette in luce il grande interesse dimostrato da Augusto per la materia processuale, manifestato dal massimo impegno da lui dedicato alla trattazione delle cause di competenza[14], al punto da occuparsene anche di notte o quando era ammalato. Tale interesse, poi, si sarebbe

11 Cfr. per tutti A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico* (Torino 1968) 201 ss.

12 F. Bonifacio, *"Iudicium legitimum" e "iudicium imperium continens"*, in *Studi Arangio-Ruiz* 2 (Napoli s.d.) 216 ss. e *L'estinzione del giudizio per mors litis*, cit.

13 Su questo personaggio v. A.M. Ioppolo, *The Academic Position of Favorinos of Arelate*, in *Phronesis* 38 (1993) 183 ss.

14 Siamo già, ovviamente, nel clima delle *cognitiones extra ordinem.*

manifestato in una serie di innovazioni introdotte in questa materia, come l'aggiunta di trenta giorni al calendario giudiziario (*Aug.* 32.5), l'aggiunta di una quarta centuria di giudici alle tre esistenti (*Aug.* 32.6), l'abbassamento dell'età[15] per ricoprire il ruolo di giudice (*Aug.* 32.7), il tentativo di limitare la durata delle ferie giudiziarie (*Aug.* 32.8). Di conseguenza, appare inverosimile che, fra le varie innovazioni, non venga menzionata quella forse più importante, cioè la fissazione di un termine diverso per la durata dei *iudicia legitima* rispetto a quelli *imperio continentia.* Vero è che Svetonio non era un giurista, ma uno storico; tuttavia la rilevanza della novità non gli poteva in alcun caso sfuggire.

Ma, purtroppo, oltre ciò nient'altro è possibile affermare con una certa fondatezza[16].

3. A proposito della legislazione augustea, un problema che ha dato vita a soluzioni diverse è quello degli effetti che i brevi termini di perenzione fissati dalla *lex Iulia* avevano sui processi.

Una tesi radicale è stata avanzata dal Cogliolo[17]. In contrasto con l'opinione dominante, che si era andata formando sulla base di un classico studio del Keller[18] questo Autore ha sostenuto che, in seguito alla legge giudiziaria augustea, l'effetto estintivo dell'azione non fosse più collegato alla *litis contestatio*, ma alla sentenza. Di conseguenza, in seguito ad una *mors litis*, non sarebbe scattato l'effetto preclusivo della *litis contestatio*, sicché il processo si sarebbe potuto riproporre; infatti, essendo legato l'effetto estintivo solo alla sentenza definitiva, esso non avrebbe operato nel caso di un processo ancora in corso. Questa tesi, nonostante l'autorevole adesione del Beseler[19] ha ricevuto dalla dottrina feroci critiche[20], e, benché Cogliolo abbia tentato di ribadirla rispondendo alle prime critiche[21], non ha mai goduto dei favori della romanistica[22]. In effetti, l'*exceptio* con cui si poteva

15 Non sappiamo se da 35 a 30 o da 30 a 25.

16 Era facile infatti trovare qualche artifizio per eludere qualsiasi termine, soprattutto nei processi penali, chiaramente più soggetti alla corruzione. Un episodio risalente al 172 a.C. fornisce un esempio probante (Liv. 42.22.7). Contro il console Marco Popilio Lenate, su denuncia dei tribuni della plebe, il senato ordinò di esperire un processo, per aver ridotto in schiavitù una moltitudine di prigionieri liguri, che si erano arresi ponendosi sotto la protezione del popolo romano. Tale processo fu affidato al pretore Gaio Licinio. Ebbene, Popilio Lenate si presentò alle prime due udienze, ma non alla terza. A questo punto, i suoi familiari pregarono il pretore di disporre un rinvio e questi (nel chiaro intento di favorire l'imputato) rinviò il processo al 15 marzo. Ma in tale data Licinio sarebbe già uscito di carica, perché in quella data entravano in carica i magistrati nuovi eletti, e quindi, essendo tornato comune cittadino, non era più in grado di pronunciare una sentenza.

17 P. Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano*, 1 (Torino 1883) *passim.*

18 F.L. Keller, *Ueber litis contestatio und Urtheil nach class. röm. Recht* (Zürick 1827), su cui v. *amplius* A. Salomone, *Iudicati velut obligatio. Storia di un dovere giuridico* (Napoli 2007) 22 ss.

19 G. v. Beseler, *Mors litis*, in *Beiträge zur Kritik der röm. Rechtsquellen*, 4 (Tübingen 1920) 1 ss.

20 Cfr. F. Eisele, *Abhandlungen zum röm. Zivilprozess* (Freiburg i. Br. 1889) 36 ss.; V. Scialoja, *Rec. di* Cogliolo*, Trattato teorico e pratico* cit., in *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali* 2 (1884) 257 ss. [= *Studi giuridici* 1 (Roma 1933) 264 ss.]; A. Guarneri-Citati, *Ancora sugli effetti della litis contestatio nel processo formulare*, in *BIDR.* 34 (1925) 163 ss.

21 P. Cogliolo, *Lettera al Direttore dell'Archivio Giuridico*, in *Arch. Giur.* 33 (1884) 399 ss.

22 Cfr. fra gli ultimi Bonifacio, *L'estinzione del giudizio per mors litis* cit., 37 s.; Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit., 6.

far valere l'esistenza di un precedente giudizio non era limitata necessariamente al caso di una sentenza, prova ne sia che nelle fonti essa non risulta denominata semplicemente *exceptio rei iudicatae*, ma *exc. r. i. vel in iudicium deductae*, come attestano numerosi passi delle fonti: Gai 3.181, Gai 4.106, Gai 4.107, Gai 4.121, *Frag. Aug.* 112[23]. Ed è noto che la *deductio in iudicium* consiste nell'accordo fra attore e convenuto, quindi si identifica con la *litis contestatio*[24]. Inoltre, con riferimento al nostro problema, la tesi stessa appare troppo radicale, in quanto svuoterebbe di contenuto la riforma giudiziaria augustea, finendo con l'escludere la perenzione di ogni tipo di processo.

In tempi molto più recenti (rispetto agli studi di Cogliolo e dei suoi critici) ha preso posizione sul problema il Bonifacio[25], con una tesi nuova ed originale. L'Autore ha distinto, dal punto di vista logico anche se (non sempre[26]) cronologico[27] la *litis contestatio* dal *iussum iudicandi*, sostenendo quindi che l'estinzione del processo travolgeva la *potestas iudicandi* del giudice, lasciando invece in vita il *litis contestatione teneri* delle parti. Pertanto, il processo estinto poteva proseguire con un nuovo *iussum iudicandi* rivolto o allo stesso giudice o ad un giudice diverso, senza la necessità di ricorrere ad una nuova *litis contestatio.*

Per giungere a questa conclusione, però, l'Autore è costretto a ritenere interpolati alcuni testi (D. 4.3.18.4; D. 42.8.3.1 e D. 9.2.30.1) che vanno invece intesi chiaramente nel senso che la *mors litis* estingue il processo e quindi rende improponibile l'azione, in forza del divieto del *ne bis in idem*[28].

Tutto sommato, resta sembra più affidabile la spiegazione tradizionale, secondo cui se il processo non si concludeva entro i termini indicati dalla legge giudiziaria augustea, si considerava in ogni caso compiuto, cosicché, in caso di riproposizione dell'azione, il

23 Cfr. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*[3] (Leipzig 1927) 506 ss. § 275. *Ex professo* (in particolare sull'inesistenza di due distinte eccezioni) v. lo studio di M. Marrone, *"Res in iudicium deducta"* – "*res iudicata*", in *BIDR.* 98-99 (1995-96) 63 ss. [= *Scritti giuridici* 2 (Palermo 2003) 587 ss.] e *Due interessanti testi di Pomponio a proposito di preclusione processuale, litis contestatio e sentenza*, in *Mélanges Fritz Sturm* (Liège 1999) 365 ss. [= *Scritti giuridici* 2, cit., 687 ss. = *Annali Palermo* 45.1 (1998) 429 ss.]; H. Ankum, *Deux problèmes relatifs à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, in *Mnemh Petropoulos* (Athènes 1984) 173 ss.; Id., *Un problème relatif à l'exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae dans la procédure formulaire du droit romain classique*, in *Studi Metro* 1 (Milano 2009) 25 ss.

24 Cfr. D. 3.3.66 (Pap. 9 *quaest.*) *Si is qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius patit, ut res in iudicium deducta videatur, et stipulationem consumit.* Cfr. Marrone, "*Res in iudicium deducta*" – "*res iudicata"*, cit., 65: "La *res in iudicium deducta* era pertanto la 'ragione' controversa, 'dedotta' 'portata dentro' la formula (*iudicium*) e fatta oggetto di *litis contestatio*" e *Due interessanti testi di Pomponio*, cit., 369 s.: "La *res in iudicium deducta* era pertanto la *res*, la pretesa attrice, il rapporto, preclusi per essere stati contemplati in una formula concordata tra parti e pretore, e quindi definitivamente fissata con la *litis contestatio.*"

25 Bonifacio, *L'estinzione del giudizio* cit.

26 Una conferma della separazione dei due atti viene trovata dal Bonifacio (op. cit., 65) in D. 5.1.28.3-4. In un *iudicium damni infecti* ormai prossimo alla scadenza, il pretore ammette che la *litis contestatio* si svolga a Roma, anche se la decisione sarà trasferita ad un giudice residente in provincia.

27 Bonifacio, *L'estinzione del giudizio* cit., 45.

28 Lo sostiene esplicitamente Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit., 6 nt. 12, il quale afferma testualmente: "Anche se tali frammenti sono stati rimaneggiati, il loro contenuto appare ancora informato alla concezione classica della *mors litis*".

convenuto poteva far valere l'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae.* Come ho detto sopra, nella critica al Bonifacio, è proprio l'aggiunta *vel in iudicium deductae* che fa indubbio riferimento ad un processo non concluso, cioè non deciso con sentenza, ma interrotto (sì da far scadere il termine di perenzione imposto dalla normativa augustea), dopo la sua cristallizzazione nella formula che aveva dato vita alla *litis contestatio.*

La distinzione appare in tutta la sua evidenza in *Frag. Aug.* 4.110 ... *ei opponitur exceptio rei in iudicium (hoc est si adhuc pendet iudicium) rei in iudicium deductae, (si iudicata in legitimo iudicio) rei iudicatae.*

Certo, si tratta di una fonte non classica; il passo in esame, inoltre, non appare sicuramente ... redatto in bello stile. Tuttavia, considerando la natura dell'opera e la sua verosimile destinazione all'insegnamento, addirittura la sua probabile stesura da parte di un allievo che apprendeva gli argomenti direttamente *ex ore docentis*[29], la contrapposizione fra *res iudicata* (processo già definito con sentenza) e *res in iudicium deducta* (processo ancora pendente) si rivela di grande utilità per contraddire la tesi che collega l'effetto estintivo esclusivamente alla sentenza.

In realtà, un problema rimane. Se l'interruzione era dovuta all'inattività delle parti, *nulla quaestio*; ma se la causa dell'interruzione era riferibile al giudice[30] o al contegno malizioso della controparte, che aveva fatto in modo di far scadere il termine[31], non sarebbe stato equo penalizzare l'attore impedendogli di riproporre la domanda giudiziale. In tal caso, si può ipotizzare che il rimedio principe fosse la *restitutio in integrum*[32], ma è possibile immaginare anche la concessione di un'*actio de dolo*, come sostiene Trebazio in:

> D. 4.3.18.4 (Paul. 11 *ad ed.*) *Dolo cuius effectum est, ut lis temporibus legitimis transactis pereat: Trebatius ait de dolo dandum iudicium, non ut arbitrio iudicis res restituatur, sed ut tantum actor consequatur, quanti eius interfuerit id non esse factum, ne aliter observantibus lex circumscribatur*[33].

4. Dopo la legge augustea, non abbiamo notizia per alcuni secoli di provvedimenti rivolti a limitare la durata dei processi. Sono previsti numerosi termini di prescrizione,

29 Cfr. C.A. Cannata, *L'origine dei "Fragmenta Augustodunensia"*, in *SDHI.* 29 (1963) spec. 246 e 252. A. Guarino, *Storia del diritto romano*[12] (Napoli 1998) 584 parla di "un quaderno di esercitazioni per una retta comprensione delle *institutiones*". L'esposizione, piuttosto sciatta, rende questa tesi più convincente di quella di G. Cervenca, in *Lineamenti di storia del diritto romano*[2] (cur. M. Talamanca) (Milano 1989) 619, secondo il quale l'autore sarebbe stato "un ignoto maestro occidentale di diritto, il cui intento doveva essere quello di spiegare ai suoi allievi il significato delle *Institutiones*".

30 Vedi l'ampia casistica presa in considerazione dal Lanza, *Impedimenti del giudice* cit., 472 ss.

31 D. 42.8.3.1 (Ulp. 66 *ad ed.*) *Gesta fraudationis causa accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad iudicium non adfuit vel litem mori patiatur val a debitore non petit, ut tempore liberetur, aut usum fructum vel servitutem amittit.*

32 Cfr. M. Kaser–(K. Hackl), *Das römische Zivilprozessrecht*[2] (München 1996) 351.

33 Per un attento esame del testo (in posizione critica nei confronti della tesi di Bonifacio) cfr. M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, 1 (Milano 1973) 149 ss., con altra letteratura cit. alla nt. 38 di pag. 150 s. La posizione di Brutti è seguita fra gli altri da M. D'Orta, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa* (Napoli 1990) 182 ss.

diversi per le varie azioni[34], cioè si stabilisce che una data azione debba essere esperita entro un termine determinato, ma nulla si dice circa l'interruzione di un processo iniziato regolarmente nei termini.

Il problema della perenzione, cioè, passa in secondo piano rispetto a quello della prescrizione, ma ciò comporta inevitabilmente che la durata dei processi tende ad allungarsi a dismisura. Questa indifferenza per la lunghissima durata delle liti si desume chiaramente dalle parole iniziali della costituzione (C. 3.1.13) con la quale Giustiniano, come vedremo più avanti, ritorna a porre il problema della necessità di limitare la durata dei processi, riproponendo, in altri termini, l'istituto della perenzione, che viene sganciato dalla generale prescrizione delle azioni: C. 3.1.13 pr. *Properandum nobis visum est, ne lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant ...*

Un collegamento fra prescrizione e perenzione torna ad essere visibile in una celebre costituzione di Teodosio II (anno 424) a noi pervenuta in due versioni: una, più ampia e quindi verosimilmente più attendibile, inserita nel Codice Teodosiano sotto la rubrica "*De actionibus certo tempore finiendis*" (CTh. 4.14.1) e l'altra, più breve, inserita nel Codice Giustinianeo (C. 7.39.3) e recante fra l'altro un'*inscriptio* errata, perché menziona non il solo Teodosio, ma anche Onorio, già defunto al momento dell'emanazione della costituzione.

Prendiamo dunque in esame il testo del Teodosiano, nelle sue parti fondamentali ai nostri fini. L'imperatore estende innanzi tutto anche ad alcune azioni reali il termine generale di prescrizione (ormai trentennale). Si occupa quindi dei casi di interruzione e di sospensione di tale termine e del rapporto fra la prescrizione generale ed eventuali prescrizioni speciali più brevi, previste per singole azioni. La parte conclusiva è quella che ci interessa più da vicino, perché riguarda specificamente la durata dei processi:

> CTh. 4.14.1.5 (Imp. Theodosius A. Asclepiodoto pp., a. 424) *Verum ne qua otioso nimis ac desidi quaerimonia relinquatur, ei, qui se fiducia perpetuitatis actionem non movisse commemorat, decem post hanc legem annorum spatia continua superioribus addi praecipimus, ut, si quidem ante sanctionem hac lege praefinitos annos decurrisse patuerit, praeter ea tempora quae manarunt decem actori annorum spatia prorogentur, ita ut tempus illi hoc continuum ex legis tempore numeretur. Quod si decem illi anni superesse videbuntur aut amplius, ulterius eum nihil desiderare conveniet, sed proprio labsu temporis decurrente ad triginta usque consummationem debere suo spatio esse contentum; sin annos quidem restare non dubium est, sed infra decem eorum intervalla concludi, nihilominus etiam sic eum spatium tantum oportebit accipere, ut decem integer numerus compleatur; postque hanc definitionem nulli movendi ulterius facultatem patere censuimus, etiamsi se legis ignorantia excusare temptaverit.*

34 V. i capp. II e III dell'ampia trattazione di Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit., 23-210. In alcuni casi, addirittura, la prescrizione è esclusa: C. 7.35.5 (Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Ianuario, a. 293) *Neque mutui neque commodati aut depositi seu legati vel fideicommissi vel tutelae seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem obici posse certi iuris est.* La regola viene poi attenuata da Costanzo e Costante, che, pur continuando a riconoscere l'imprescrittibilità delle azioni personali, affermano che il giudice deve tener conto, a vantaggio del debitore, della lunga inerzia del creditore (CTh. 4.11.2, a. 349).

L'imperatore dispone dunque che se all'atto dell'entrata in vigore della legge sono già trascorsi trent'anni, dal momento di spettanza dell'azione, ne vengono concessi altri dieci. Se invece non sono ancora trascorsi trent'anni, ma più di venti, il tempo residuo viene esteso e portato a dieci anni. Se invece sono trascorsi meno di venti anni, il termine non si modifica, perché all'attore resta tempo sufficiente per far valere la sua pretesa. Questi termini fissano anche la durata massima dei processi e nessuna scusante sarà ammessa, come l'ignoranza della legge.

Appare tuttavia chiaro che, essendo previste cause di interruzione e di sospensione della prescrizione, sarebbe inesatto dire che i processi possono durare al massimo trent'anni. Solo in via tendenziale, dunque, si può parlare anche di perenzione trentennale.

Una maggiore considerazione della perenzione, in quanto il termine di prescrizione segna comunque anche la durata massima dei processi, si ha invece in una successiva costituzione, dovuta a Valentiniano III[35]:

> Nov. Val. 35.13, a. 452: *Sane sicut non coeptam intra tricennium quamlibet causam vetuimus inchoari, ita que contestatae litis sumpsit exordium, excepto privilegio pupillaris aetatis, quod divae memoriae patris nostri Theodosii lege concessum est, intra eadem tempora terminetur, nisi forte post vicesimum quintum annum ex eo, quo competere actio coeperat, contestata lis fuerit. Cui si is casus eveniat, emenso hoc tricennio, quod statutum est, aliud quinquennium prorogamus, intra quod debent negotia universa consumi, ne a malitiosis ingeniis calumniando legem priorem contestatis litibus aliud tricennium vindicetur.*

Le liti, dunque, devono essere non solo iniziate entro trent'anni, ma anche concluse, escludendosi dunque la sospensione in favore dei pupilli introdotta da Teodosio. Fa eccezione la sola ipotesi in cui il processo abbia avuto inizio dopo venticinque anni: in questo caso, si concedono altri cinque anni, nel timore che esso non possa concludersi entro il trentennio. Questa disposizione conferma per altro verso che i trent'anni segnano il termine ultimo entro il quale ogni processo deve essere portato a conclusione.

5. Particolarmente complessa (e, se vogliamo, anche in parte contraddittoria) è la legislazione giustinianea. L'imperatore, infatti, da un lato mantiene in vita la prescrizione trentennale delle azioni disposta da Teodosio, pur estendendola in alcuni casi a quaranta anni e lasciando sussistere prescrizioni più brevi in altri casi[36], dall'altro avverte l'esigenza di disciplinare l'inattività di tutti i soggetti protagonisti del processo, abbreviando notevolmente la durata dei processi, allo scopo di evitare che "*lites fiant paene immortales et vitae hominum modum excedant*" (C. 3.1.13 pr.). Emana quindi la costituzione, nota, dalla parola iniziale, come "*Properandum*" (C. 3.1.13) che "costituisce una specie di *summa* legislativa dei problemi inerenti all'inattività"[37], nonché "un esempio di coerente e sistematico perseguimento del fine di restituire al processo la sua funzione di certezza",

35 Che nel 449 aveva frattanto esteso anche all'impero d'Occidente la disposizione teodosiana: Nov. Val. 27 ("*de triginta annorum praescriptione omnis causis opponenda*").

36 Cfr. l'ampio esame di Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit., 240 ss.

37 U. Zilletti, *Studi sul processo civile giustinianeo* (Milano 1965) 101 e 249 (pienamente concorde la recensione di G. Provera, in *Iura* 17 (1966) 315.

in quanto contempla in un unico testo normativo la perenzione, l'inattività delle parti *post litem contestatam*, l'inattività del giudice e quella degli avvocati[38].

La regola fondamentale ai nostri fini si trova nel § 1: "*Censemus itaque omnes lites super pecuniis quantaecumque quantitatis ... non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas*", ma la costituzione contiene molte altre norme interessanti. Particolarmente dettagliato è il regime previsto con riferimento all'attività dell'attore nel semestre conclusivo del triennio (§ 2). Dopo una triplice chiamata dell'attore, il giudice dispone che "*negotii acta apud se conspicere*", il che dà luogo ad una duplice possibilità: se il giudice ritiene che gli elementi raccolti siano insufficienti a fondare un giudizio di merito, si limiterà ad assolvere il convenuto, condannando alle spese l'attore (§ 2a)[39], il quale però avrà il diritto di riproporre l'azione entro il termine generale di prescrizione; se invece egli ritiene sufficienti i dati acquisiti (§ 2b) li valuta, decidendo quindi di condannare il convenuto o di assolverlo. In caso di assoluzione, l'attore non solo non potrà riproporre l'azione, ma non potrà nemmeno impugnare la sentenza (§ 2e).

Nell'ipotesi in cui l'inattività dell'attore emerga prima dell'ultimo semestre, e non sussiste la speranza che egli riprenda l'attività (trattandosi in sostanza di contumacia) il giudice lo condannerà alle spese (§ 5), rinunziando a pronunziarsi in merito.

Da questo regime emerge la contraddizione cui si è accennato: nel caso previsto dal § 2a (assoluzione del convenuto e condanna alle spese per l'attore, in mancanza di una sentenza di merito) e, *a fortiori*, nel caso di inattività di entrambe le parti, la perenzione del giudizio lascia di nuovo il campo alla prescrizione generale, sicché l'attore potrà riproporre la sua pretesa, con l'unico limite che il termine di prescrizione decorrerà dall'ultimo atto compiuto in giudizio. La *mors litis* (benché l'espressione sia usata dallo stesso Giustiniano, in C. 3.1.13.5) non ha dunque, in tutti i casi, efficacia estintiva del rapporto dedotto in giudizio[40].

Questo breve *excursus* sulla disciplina dell'estinzione dei processi per inattività nelle varie epoche, caratterizzate da diverse forme processuali, consente di ribadire quanto si era affermato all'inizio, cioè che, nonostante l'esistenza di alcuni spunti, distribuiti in vari periodi, non esiste in diritto romano un regime generale della perenzione[41], come è intesa dai moderni.

Abstract

Whether a trial came to an end because of inactivity has been debated in Roman law in various ways at different times. The question was also often confused with the extinction of actions because of time constraints. The author firstly considers a number of norms in

38 Zilletti, *op. cit.,* 269.''

39 Su questo punto, v. P. Silli, "*Aequitas" ed* "'Επιείκεια" *nella legislazione giustinianea*, in *SDHI.* 50 (1984) 289 s.

40 Così già Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit., 242 nt. 75.

41 Lo dimostra l'uso nelle fonti del verbo *peremere*, impiegato con riferimento a vari casi: cfr. Amelotti, *La prescrizione delle azioni* cit., 5 e nt. 9.

the XII Tables, which, at a very early period, reflected an interest in the rapid conclusion of trials. Having expressed uncertainty about the situation during the following centuries, he then examines the relevant Augustan legislation, with its distinction between *iudicia legitima* and *imperio continentia*, which envisages different terms for the *mors litis*. In this context, the author refers to various hypotheses propounded in literature on the effects of this reform, with reference to the possibility of re-instituting a suit after the expiry of the permitted period, but not indicating a definite time limit for trials. Under Theodosius II (CTh. 4.14.1) a thirty-year statute of prescription was imposed, which in some cases also determined the maximum duration of suits. The link between limitation and preemption was increased by a Novel of Valentinian III (35.13) who linked the thirty-year period to the duration of suits, eliminating the cases of interruption and suspension envisaged by Theodosius. Finally, Justinian's famous constitution "*Properandum*" (C. 3.1.13) set the maximum length of trials at three years, but allowed the rule to be avoided in some cases where it was possible to re-institute a suit within the general limits of prescription. The author reaches the conclusion that Roman law never knew the general principle of preemption as the term is understood in modern usage.

EEN ERFRECHTELIJK GESCHIL BINNEN DE FAMILIE HALLER VON HALLERSTEIN (1595-1603): VAN EENHEID NAAR VERSCHEIDENHEID BINNEN HET WEST-EUROPESE RECHT

Paul Nève*

1. Inleiding

De beoefenaar van de rechtshistorie die zich ook met de moderne rechtspraktijk bezighoudt of heeft bezig gehouden, bemerkt bij het bestuderen van procesdossiers al snel dat deze in het begin van de Nieuwe Tijd vaak meer conflictstof van rechterlijk-organisatorische en procesrechtelijke dan van materieelrechtelijke aard bevatten. Het eigenlijke, meestal privaatrechtelijke, geschilpunt tussen de partijen komt niet of nauwelijks aan de orde. Met enige schroom bied ik hier mijn vriend en collega Laurens Winkel dan ook onderstaande bijdrage aan, een *case-study* van (bijna) internationale rechtshulp.[1]

2. Voor de kerkelijke rechters / de Raad van Brabant

Na het overlijden van haar moeder Elisabeth van Logenhagen (1586)[2] en daarna van haar broer Carl had Loijsa Haller von Hallerstein, de gewezen abdis van het Cisterciënzerinnenklooster Soriamont (thans: Soleilmont, te Fleurus bij Charleroi),[3] bij

1 Haus-, Hof- und Staatsarchiv Wien, Reichshofrat, Alte Prager Akten, K 79. Vgl. Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie I: Alte Prager Akten, Bd. 2: E-J, red. v. W. Sellert, bearb. v. E. Ortlieb (Berlin 2011) pp. 394-397, Nr. 1696.

2 Elisabeth van Logenhagen (geboren in 1512) was de dochter van Cornelis van Logenhagen, rentmeester te Antwerpen, en Henrica, dochter van Jan Marceliszoon van den Eeckaert. Zij huwde op 21 augustus 1529 te Antwerpen met Wolf Haller.

3 De eerst korte tijd in het klooster residerende Loijsa werd in 1579 tot abdis verkozen, vooral omdat haar gefortuneerde ouders (lees: moeder) haar zouden kunnen bijstaan bij de herbouw van de vervallen abdij. In 1583 onthief de gouverneur-generaal der Nederlanden haar, na het ontvangen van klachten over haar gedrag, van haar functie; zie: O. Daumont, Soleilmont. Abbaye Cistercienne 1237-1937 (Paris/Charleroi 1937), pp. 115-117; In U. Berlière, Monasticon Belge. Tome I: Provinces de Namur et de Hainaut (Maredsous 1890-1897), vindt men onder de 'Abbaye de Soleilmont' een lacune in de opsomming der abdissen tussen Anne Robert, overleden in 1578, en Madeleine Bulteau, abdis geworden in 1583 (p. 389).

* Emeritus Hoogleraar Romeins Recht, Radboud Universiteit Nijmegen; Emeritus Hoogleraar Rechtsgeschiedenis, Tilburg Universiteit.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 648-657

de paus de benoeming verzocht – en verkregen – van gedelegeerde commissarissen of rechters die de eventuele nietigheid van haar professie en de verplichting, de ordesregel te volgen, moesten onderzoeken en daarover naar rechte beslissen. De gang van zaken was in de zestiende eeuw niet ongewoon. Rome – in casu de Penitentiarie – ontsloeg zeer dikwijls vrouwen van hun geloften, als maar enigszins aantoonbaar was dat zij niet uit volledig vrije wil voor het kloosterleven gekozen hadden. Er was dus een enorme vlucht van religieuzen uit het klooster, meestal door Rome positief gesanctioneerd. Loijsa Haller was één van hen. Zij stelde dat zij in haar jeugd door haar moeder tegen haar zin in het klooster was geplaatst. Over deze kwestie werd een proces in formele zin gevoerd voor de pauselijke rechters tussen verzoekster en enige naaste bloedverwanten, namelijk de legatarissen van haar broer Carl en de executeurs van diens testament.[4] Beide partijen voerden getuigen aan en daarna spraken de commissarissen hun vonnis uit: haar intrede in de kloosterorde, haar professie en de verplichting om de ordesregel te volgen waren nietig, zij kon in de wereld terugkeren, een huwelijk sluiten en de goederen van haar ouders voor de haar toekomende helft tot zich nemen of opeisen (1595).[5]

Loijsa's vader, Wolf (ook: Wolffgang) Haller von Hallerstein, een telg uit een oud Neurenbergs patriciërsgeslacht, was reeds lang voor haar moeder overleden (1559). Als factor van de Fuggers in de Nederlanden (Antwerpen) en raadsman van de latere keizer Karel V was hij de spil geweest van de financiële onderhandelingen die aan de keuze van Karel tot Duits koning (1520) voorafgingen.[6] Bij het aantreden van Maria van Hongarije als gouverneur-generaal der Nederlanden (1531) ging Wolf volledig in Habsburgse 'hof- en staatsdienst' over: hij werd toen algemeen thesaurier van de Nederlanden.[7] Evenals zijn broer Bartholomeus stond Wolf in hoog aanzien bij de leden van het huis Habsburg, beide Hallers werden door Karel V met eerbewijzen begiftigd. Uit het huwelijk van Wolf met Elisabeth van Logenhagen (1529) waren er naast Carl en Loijsa nog drie andere kinderen geboren.[8] Gezien de uitspraak van de pauselijke delegaten vermoed ik dat Carl en Loijsa als enigen hun moeder overleefd hadden en dat Carl in verband met de Evangelische Armoede van zijn zuster de activa van beide boedels tot zich genomen had, of met zijn eigen vermogen doen versmelten. Na zijn dood keerde Loijsa in de wereld terug.

Voor het in bezit krijgen van (de helft van) de roerende en onroerende goederen die haar ouders hadden nagelaten en zich in het hertogdom Brabant bevonden, maar ook in

4 Ook op deze plaats dank ik mijn collega prof. dr. Chris Coppens voor zijn nuttige informatie over de activiteiten van de pauselijke Penitentiarie in de zestiende eeuw.

5 Zie: Bayerisches Hauptstaatsarchiv Reichskammergericht, Bestellnr. 14720, Quadrangel 11; vgl. Bayerisches Hauptstaatsarchiv Reichskammergericht. Bd. 11: nr. 4492-5084 (Buchstabe H), bew. d. W. Füssl (München 2004), Inv. nr. 4582.

6 Volgens D.J. Harreld, High Germans in the Low Countries. German Merchants and Commerce in Golden Age Antwerp (Leiden/Boston 2004), p. 90, verbleef hij toen in het grote huis van de Fuggers aan de Steenhouwersvest.

7 Vgl. J. Martínez Millán (dir.), La Corte de Carlos V. Pars III: Los servidores de las Casas Reales. Vol. IV (Madrid 2000), p. 195. Here, Wolf Haller is described as 'Secretario del Imperio de la Casa de Borgona del emperador, desde el 1-X-1552'.

8 Zie de biografieën van Wolf Haller von Hallerstein (1492-1559) in: Neue Deutsche Biographie Vol. 7 (Berlin 1966), pp. 561 e.v., en van Bartholomäeus Haller von Hallerstein (1486-1551), ibidem, pp. 557 e.v.

Neurenberg en elders, was Loijsa aangewezen op de wereldlijke rechter. Zij vroeg bij de Raad van Brabant open brieven aan, en verkreeg deze na ampel onderzoek ook. Zij werd hiermee in het bezit van de helft van de in Brabant aanwezige roerende en onroerende goederen gesteld, terwijl de andere helft tot zekerheid van haar rechten op de buiten het hertogdom aanwezige vermogensbestanddelen met beslag belegd werd.

Lazarus en Jacobus Haller, de twee bij testament door Carl benoemde legatarissen, verzetten zich tegen de inhoud van de open brieven, althans de daarin opgenomen boeteclausules (28 september 1595). Zij verschenen, na gedagvaard te zijn bij openbaar edict met de clausule van autorisatie,[9] voor de Raad van Brabant, doch deze bevestigde de tekst van de open brieven (8 november 1595).[10]

De executeurs-testamentair Martin, Ernst en Hans Jacob Haller, die in Neurenberg woonden, werden eveneens herhaaldelijk bij openbaar edict gedagvaard maar verschenen niet in Brussel. Tenslotte volgde hun veroordeling wegens ongehoorzaamheid (*de contumacia*), waarna de eisen van verzoekster in een verstekvonnis werden toegewezen: het aan haar overhandigen van een staat en inventaris van de roerende en onroerende goederen van beide ouders, en met name van de door hen uitgezette gelden, alsmede het toelaten van verzoekster tot het gebruik van, en de vruchttrekking uit, de helft van de in het Brabantse territoir gelegen goederen (19 juli 1597). Tegelijkertijd ging er een verzoek om rechtshulp uit naar burgemeesters en Raad van Neurenberg om het vonnis, wat betreft de aldaar gelegen goederen, uit te voeren.

Loijsa zorgde ervoor dat exemplaren van deze uitspraak de executeurs bereikten, maar het resultaat was slechts dat deze, als *diffamati*, van de Raad van de stad Neurenberg toestemming kregen haar wegens belediging te dagvaarden op grond van C. 7.14.5, de *lex Diffamari* (december 1597).[11] Volgens Loijsa opende deze beslissing de mogelijkheid, het 'beledigende' vonnis van de Raad van Brabant van 19 juli 1597 open te breken, terwijl tevens het privilege van de Brabantse Gouden Bulle (1349) geschonden zou zijn.[12] Zij wendde zich dan ook direct tot het Brusselse college met het verzoek, open brieven, inhoudende de vernietiging van de Neurenbergse dagvaarding, uit te vaardigen. Aldus geschiedde en op 25 februari 1598 kreeg een van de deurwaarders van de Brabantse Raad opdracht van *Philippus Dei gratia Rex Castellae, Arragoniae, Legionis, utriusque*

9 Vgl. over het dagvaarden van gedaagden die zich buiten de jurisdictie van de Raad van Brabant ophielden: P.G.F.P.N. Merula, Manier van Procederen, in de Provintien van Holland, Zeeland ende West-Vriesland, belangende Civile Zaaken (Delft 1705), Bk. 4, tit. 24, kap. 16.

10 Zie: Bayerisches Hauptstaatsarchiv Reichskammergericht, Bestellnr. 14720, Quadrangel 18, fol. 64v en 67v-70r. Omdat de archieven van de Raad van Brabant, berustend in het Rijksarchief te Brussel (Anderlecht), slechts gedeeltelijk ontsloten zijn, was het mij niet mogelijk over het voor dit college gevoerde proces vanuit Brussel inlichtingen te verkrijgen.

11 De *diffamator* moest dan voor het gerecht van de beledigden verschijnen. Zie A. Gail, Practicarum observationum tam ad processum judiciarium praesertim imperialis camerae quam causarum decisiones pertinentium (Eerste druk: Köln 1578; Köln 1668), Bk. 1, Obs. 9, § 3.

12 De uitspraken van de Raad van Brabant werden door een *privilegium de non appellando illimitatum* beschermd, terwijl Loijsa zelf, als Brabants onderdaan, slechts voor haar onmiddellijke plaatselijke rechter gedaagd mocht worden; zie: P.L. Nève, 'Hoe "soeverein" was de Raad van Brabant?', in: E.J.M.F.C. Broers e.a. (red.), Ius Brabanticum, ius commune, ius gentium. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.P.A. Coopmans ter gelegenheid van zijn tachtigste verjaardag (Nijmegen 2006), pp. 9-20, bijz pp. 13-14.

Siciliae ... Dux Burgundiae, Lotharingiae, Brabantiae enzovoort. om namens koning Philips II de executeurs testamentair, en zo nodig anderen, onder bedreiging met de verbeurte van grote boetes, te bevelen de dagvaarding in te trekken. De deurwaarder moest in geval van verzet tegen dit bevel de weigerachtigen onmiddellijk een rechtsdag aanzeggen voor de Raad van Brabant.[13]

3. Voor de Neurenbergse Raad / het Rijkskamergerecht

Op de Brusselse interventies sloten de door de Duitse keizer Rudolf II (1575-1612) ten gunste van Loijsa gezette stappen mooi aan. Wellicht hingen zij samen met het feit dat Loijsa Haller in deze periode in het huwelijk was getreden met Alberto Struzzi, een belangrijk raadsman van de aartshertogen Albert en Isabella.[14] Hoe dit ook zij, vanaf augustus 1598 zet een hele reeks keizerlijke aanbevelingsbrieven, bevelschriften en aanmaningen de Raad van Neurenberg aan tot het verstrekken van de gevraagde rechtshulp.[15] Een eerste resultaat hiervan was waarschijnlijk dat de voornoemde Raad in een interlocutoir besliste dat Loijsa de gegevens over het bestaan van 'vaderlijke en moederlijke' goederen binnen het Neurenbergse grondgebied moest leveren, zulks onder voorbehoud van de rechten van de wederpartij (17 december 1599). Daarna gaf de Raad evenwel aan de executeurs testamentair en een vijftal testamentaire erfgenamen dat zich als interveniënten bij hen had aangesloten, toestemming bij het Rijkskamergerecht tegen de interlocutoire uitspraak in appel te gaan en dan het erfgenaamschap van de pretendente te bestrijden (januari 1600). Reeds op 16 maart volgde er een 'ernstlich Bevelh' uit Pilsen, waarin keizer Rudolf II de Neurenbergse rechters erop wees dat de uitspraak van de Raad van Brabant onherroepelijk was en uitgevoerd moest worden. In een op 13 april 1600 bij de Raad van Neurenberg ingeleverde *Supplicatio* bestreed Loijsa Haller op tal van gronden de door dit college gegeven toestemming: tegen een *pronuncia de exequendo* (een beslissing in een executiegeschil) zou geen hoger beroep mogelijk zijn, de executeurs testamentair waren in Brussel bij verstek veroordeeld, dus gold voor hen de regel *contumax non auditur appellans*, de interveniënten waren, net zoals de gehele familie Haller, vertegenwoordigd geweest door de executeurs testamentair,

13 Op 10 maart 1598 betekende Petrus van Bossuyt, deurwaarder van de Raad van Brabant, dit bevel. Zie: Bayerisches Hauptstaatsarchiv Reichskammergericht, Bestellnr. 14720, Quadrangel 18, fol. 70r.

14 Deze uit Parma afkomstige bankier van adellijke afkomst (overleden in 1638) was Alexander Farnese gevolgd toen deze door Philips II met het herstel van de rust in de Nederlanden belast werd. Na de dood van Farnese (1592) bleef hij in het Spaans-Nederlandse leger en bekleedde daarna een belangrijke positie aan het hof van de aartshertogen. Hij hertrouwde na de dood van zijn echtgenote Loijsa Haller in 1612 met Dorotea Romeu, *Dama de Honor* van Isabella. De landsheren vaardigden hem in 1614 af naar Madrid om daar hun belangen te behartigen aan het Spaanse hof. Namens hen bood hij toen de toekomstige koning Philips IV van Spanje een collectie houten speelgoedsoldaatjes aan, alsmede een brochure met de titel: *Imago militiae auspiciis Ambrosii Spinola, belgicarum copiarum ductoris*; zie: G. Parker, The Army of Flanders and the Spanish Road 1567-1659 (2de uitg. Cambridge 2004), p. 1. Zie voorts: M.E. Echevarria, 'Erycus Puteanus et Alberto Struzzi: histoire d'une amitié', in: Journal of Neo-Latin Studies 49 (2000), pp. 239-249.

15 Zie: Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie I: Alte Prager Akten, Bd. 2, pp. 395-396.

zodat zij geen zelfstandig belang bij de (verhindering van de) tenuitvoerlegging van het Brussels vonnis konden pretenderen, enzovoort.[16]

Of het stuk in de oordeelsvorming nog een rol heeft gespeeld, is mij niet bekend.[17] Het hoger beroep zou tot in 1601 aanslepen. De Neurenbergse Raad greep het appel in ieder geval aan om *pendente appellatione* niets meer te verrichten, en lijkt ook daarna, keizerlijke interventies ten spijt, niet tot actie te zijn gekomen. De Raad van Brabant oefende, op zijn eigen, onpopulaire, wijze, wèl druk uit op de Neurenbergse rechters. Een verzoek om het Brabantse vonnis uit juli 1597 te executeren wordt versterkt met de dreiging, Neurenbergse burgers in Brabant te laten arresteren en hun goederen in beslag te doen nemen (3 november 1601).

4. Voor de Rijkshofraad: Het Verdrag van Augsburg

Het appel dat Loijsa en Alberto instelden bij de Rijkshofraad tegen wéér een uitstellende beslissing uit Neurenberg, lijkt schot in de zaak gebracht te hebben (september 1602). De archieven bevatten weliswaar geen uitspraak van de hoge rechter, maar wèl de tekst van een schikking tussen de eisers en een van de interveniënten, namelijk de Aalmoezenkas van de stad Neurenberg. Als de keizer dit stuk ter kennis van de Neurenberger Raad brengt, spoort hij hem ook aan om zich voor een volledig accoord tussen de partijen in te zetten (20 maart 1603).[18]

Voor de rechtshistoricus is echter van belang dat hier, in de Rijkshofraad, eindelijk het 'internationale' aspect van het onderhavige conflict aan de orde wordt gesteld.[19] De tegenpartij van Loijsa bracht het op 26 juni 1548 tussen het Duitse Rijk en de Bourgondische Kreis gesloten Verdrag van Augsburg in het geding. Waren de 'Nederlanden' na 1548 nog wel integraal deel van het Rijk? Volgens het Verdrag zouden de 'nedere erflanden' slechts

16 Aangehaalde literatuur: Guillaume Durand (ca 1237-1296), Speculum iudiciale; Bartolus (1314-1357), In tertium tomum pandectarum, digestum novum commentaria, en: In secundam codicis partem; Antonius de Butrio (1338-1408); Petrus Philippus Corneus (1420-1492), Consiliorum, sive responsorum etc.; Alexander Tartagnus Imolensis (1424-1477), Commentaria ... in tertiam codicis partem; Robertus Maranta (1470/90 - ca 1540), Tractatus de ordine iudiciorum, vulgo speculum aureum.

17 Zie: Haus-, Hof- und Staatsarchiv Wien, Reichshofrat, Alte Prager Akten, K 79, Konv. 3, fol. 130r-134v. In het eerste halfjaar van 1600 leverde Loijsa ook een overzicht in van de in Neurenberg aanwezige bestanddelen van de erfenissen van haar ouders; ibidem fol. 125r-128r.

18 Zie: Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie I: Alte Prager Akten, Bd. 2, pp. 395-396. Ik wijs nog op: B. Tops, Inventaris van het archief van de Raad van Brabant. Processen van de adel, 1511-1650 (Brussel 2013), p. 51, nr. 203: Karel van Logenhaeghen met Ferdinando Suero (Swero) contra Alberto Struzzy, ridder, als gemachtigde van de uitvoerders van het testament van Charles Haller van Hallerstein, ridder [over:] de nalatenschap van laatstgenoemde, 1622-1625; en: P. Behets & H. Deceulaer, Inventaris van het archief van de Raad van Brabant. Processen van de particulieren (tweede reeks), 1477-1632 (vnl. 1529-1632) (Brussel 2013), p. 103, nr. 725: Alberto Struzzy (Strutio), man van Louise Haller van Hallersteyn c. Catharina van Logenhage, gehuwd met Francois de Cogety, en Constantia van Logenhage [over] de nalatenschap van Jan Marcelis Van den Eeckaert, 1614.

19 Zie de samenvatting van de antwoorden van de executeurs testamentair en de interveniënten op de grieven van de appellanten, in: Die Akten des Kaiserlichen Reichshofrats, Serie I: Alte Prager Akten, Bd. 2, p. 395.

in het geval dat zij hun contributie aan het Rijk niet betaalden, aan de jurisdictie van het Rijkskamergerecht onderworpen zijn en daar door de keizerlijke fiscaal gedaagd kunnen worden. Voor het overige zijn de 'Nederbourgondische' erflanden en hun onderdanen aan de jurisdictie van het Rijkskamergerecht onttrokken. De onderdanen van het 'niet-Bourgondische' rijksdeel die in het 'Bourgondische' deel (de erflanden) komen of daar goederen hebben moeten aldaar dezelfde rechtsbescherming en vrijheden genieten, als de andere onderdanen van de erflanden; hetzelfde geldt voor het omgekeerde geval. Als een 'verwandte oder undertan' van het Rijk of van de Bourgondische landen om welke reden ook een vordering tegen een onderdaan van het 'andere Rijksdeel' meent te hebben, dient hij zijn recht te zoeken voor de 'ordenlichen obrigkeit oder gericht' van de verweerder.[20] Bij conflicten regeert dus het 'actor forum rei sequitur'.[21] Ik kom op dit thema hieronder nog terug.

Dat hiernaast ook een door Karel V op 3 oktober 1548, dus kort na het Verdrag van Augsburg, uitgevaardigd bevelschrift mèt strafbedreiging, werd ingebracht, illustreert wellicht de verwijdering die er rond 1600 tussen de Bourgondische Kreits en de Rijksstanden gegroeid was. De keizer verbood de rijksonderdanen, zich aan de jurisdictie van 'buitenlandse vorsten' te onderwerpen (zie Bijlage). Was de heer der Nederlanden een buitenlandse potentaat geworden?[22] De Bourgondische Kreits was in 1548 tot het Rijk blijven behoren en de reeds genoemde Karel V had in een op 1 juli 1530 door hem uitgevaardigde Gouden Bul niet alleen de Brabantse Gouden Bulle van 1349 bevestigd, maar tevens aan kanselier en raden van Brabant de bevoegdheid gegeven in zijn naam tegen 'rebellen' – degenen die inbreuk maken op het in de Bul bepaalde – de rijksban uit te spreken.[23] Beschouwden de Hallers in de Rijksstad Neurenberg zo'n vijftig jaar later de Bourgondische Kreits reeds als 'buitenland'?

5. De Brabantse Gouden Bulle

De toepassing van de regel dat men zijn/haar tegenstander voor diens eigen rechter moest dagen lijkt door Loijsa Haller in ieder geval wèl gefrustreerd te zijn. De – in Neurenberg wonende – executeurs van Carl Haller's testament verschenen slechts in 1595 (in Brussel?) voor de pauselijke commissarissen en hoorden daar de voor de familie Haller onaangename beslissingen aan. Hiertoe hoorde óók de uitspraak dat de ex-religieuze voor de helft erfgename was van haar beide ouders. De burgerlijke rechter, de Raad van Brabant, behoefde het kerkelijke vonnis slechts tot uitvoering te brengen. Voor zover

20 Zie: L. Gross, R. von Lacroix, J.K. Mayr (Bearb.), Urkunden und Aktenstücke des Reichsarchivs Wien zur reichsrechtlichen Stellung des burgundischen Kreises. 3 dln. (Wien 1944-1945), 1, nr. 445, pp. 439-447.

21 Vgl. P.L. Nève, 'Actor sequitur forum rei', in: J.E. Spruit en M. van de Vrugt (red.), Brocardica in honorem G.C.J.J. van den Bergh. 22 studies over oude rechtsspreuken (Deventer 1987), pp. 67-73.

22 In de 'Wahlkapitulation' van Jozef I (1690) is sprake van processen die 'nach Holland, Braband und andern auswendigen Potentaten gezogen werden'; tekst in: Gross e.a., Urkunden und Aktenstücke 3, p. 492, nr. 456.

23 Tekst in: Gross e.a., Urkunden und Aktenstücke 1, pp. 97-105, nr. 195. De tekst van de Bulle van 1349 is in die van 1530 geïnsereerd, zie pp. 98-100.

mij is gebleken reageerden de executeurs nooit op de dagvaardingen om voor de Raad van Brabant te verschijnen en werden zij *contumaces* verklaard. De Raad kon dan in Brabant représailles tegen hen nemen, en de beoordeling van het erfgename-zijn van Loijsa ontsnapte zo aan de Neurenbergse raad.

Wie kennis neemt van de talrijke nota's, supplieken, protesten, replieken, enzovoort. die de Westfaalse en de Bourgondische Kreitsen, de Rijksstanden, de keizer, zijn vertegenwoordigers, alsmede de Rijksstad Keulen rond de Rijksdagen en Keurvorstendagen vanaf 1580 over de 'Brabantse evocaties' uitgewisseld hebben,[24] bemerkt dat er reeds toen binnen de standen van het 'niet-Bourgondische' deel van het Rijk grote onvrede bestond over de door de Raad van Brabant aan de *forum rei sequi*-regel gegeven interpretatie. Overeenkomstig de tekst van de Bulle van Karel IV paste de Raad dit beginsel ook toe op de berechting van criminele verdachten, op procedures tegen debiteuren met contractuele schulden en op conflicten over onroerende goederen,[25] maar de opponenten binnen het Rijk achtten dit in strijd met het *ius commune* of de rijksconstituties. *Niet* overeenkomstig de tekst van de door Karel V verleende Gouden Bulle die sprak over de bescherming van inwoners (*incolae degentes, residentes aut habitatores*) van Brabant, Limburg enzovoort, was de Brabantse praktijk, de houders van buiten deze territoria gelegen Brabantse, Limburgse, en Valkenburgse lenen eveneens als Brabantse onderdanen te beschouwen. Ik noem twee vaak als voorbeeld aangehaalde gevallen.

Bij een geschil over de steeds als Guliks territoir beschouwde heerlijkheid Monschau (Montjoie) had de graaf van Berlaymont bij de Raad van Brabant (en niet bij het bevoegde Rijkskamergerecht) verschillende vonnissen uitgelokt ten nadele van de hertog van Gulik, omdat Monschau een Limburgs (dus Brabants) leen was.[26] De stad Keulen kon een conflict met Anton von Harff, heer van de aan Keulen naburige heerlijkheid Hürth, over het onderhoud van een uit Hürth naar Keulen lopende beek, niet door het Rijkskamergerecht laten beslechten, omdat de heerlijkheid een Valkenburgs (dus Brabants) leen was. De Raad van Brabant claimde de jurisdictie in dit proces.[27] Een steen des aanstoots van de andere Rijksstanden was voorts het 'kommeren' of gerechtelijk beslag leggen binnen Brabant op de persoon of de (meestal: roerende) goederen van een 'vreemdeling', op welke wijze de relatieve competentie van een Brabants gerecht (als *forum arresti*) in het leven geroepen werd.

24 Zie voor de periode (1580) 1582-1600: Gross e.a., Urkunden und Aktenstücke 2, nrs. 730, 756, 757, 771, 772, 775, 776, 781, 787, 791, 792, 793, 794, 795 en 797.

25 Tekst van de Bulle van 1349 in: Gross e.a., Urkunden und Aktenstücke 1, pp. 98-100, nr.195.

26 Vgl. het standpunt van de Bourgondische Kreits (Regensburg 1598), in: Gross e.a., Urkunden und Aktenstücke 2, pp. 397-398, nr. 791.

27 Vgl. G. Eckertz (ed.), 'Tagebuch des kölnischen Rathherren und Gewaltrichters Jan van Brackerfelder (1512-1573)', in: Annalen des Historischen Vereins für den Niederrhein, insbesondere die alte Erzdiöcese Köln 6 (1859) pp. 136-160; 7 (1859) pp. 154-187; L. Ennen, 'Der Hürther Bach', in: Annalen des Historischen Vereins für den Niederrhein, etc. 18 (1867) pp. 180-207, bijz. pp. 198-204 over de jaren 1560-1617. Zie ook: M. Kordes (Bearb.), Reichskammergericht Köln. Bd. 1: nr. 1-600 (A-F) (= Mitteilungen aus dem Stadtarchiv von Köln, 81) (Köln 1998), nrs. 305-309.

6. Ten slotte

De processen van Loijsa Haller tonen ons, hoezeer de eenheid van West-Europa rond 1600 uit elkaar was gevallen. De Cisterziënnerkloosters leden onder de opkomst van het Nieuwe Geloof, de religieuzen traden terug in de wereld, de oude eenheid van het recht, gesymboliseerd in het gezag van de paus en de keizer was verloren. De Oostenrijkse erflanden en de landen van de Bourgondische Kreits hadden het Heilige Romeinse Rijk van Duitse Natie *de facto* bijna verlaten, de eenmaal vanzelfsprekende rechtshulp tussen de rechtbanken van het oude Rijk bestond niet meer. Dit laatste sproot, voor wat de Bourgondische Kreits betreft, in wezen voort uit de uitschakeling van het Rijkskamergerecht als hoogste gerecht.

In deze veranderende omgeving bleken de rechtsvragen over de (pretense?) bevoegdheid van een binnen de Bourgondische Kreits zetelend (Brabants) gerecht om recht te spreken over aan het Rijk onderhorige verweerders en hun goederen, en over een eventuele verplichting van andere rechters binnen het Rijk om te assisteren bij de executie van dergelijke vonnissen, niet meer aan de hand van de traditionele literatuur en rechtsleer te beantwoorden. Pas in de gemeenrechtelijke praktijk van de late zeventiende en de achttiende eeuw vond het beginsel erkenning, dat gerechten binnen dezelfde staat onderling verplicht waren tot het verlenen van rechtshulp. In theorie althans ging men tot aan het einde van het *Ancien régime* uit van een uniforme rechterlijke organisatie van het Rijk en dus van de plicht tot onderlinge rechtshulp door en aan alle landsheerlijke rechters. Het sluitstuk wordt dan uiteraard gevormd door een instantie die namens het Rijk een en ander desnoods met dwang kan verwezenlijken.[28]

De Bourgondische Nederlanden maakten van dit systeem geen deel meer uit, maar maakten zich er ook niet geheel los van. Tot irritatie van de aangrenzende Rijkstanden bleef de Raad van Brabant de in de Brabantse Gouden Bulle (1349) en haar bevestigingen en uitbreidingen opgesloten privileges van Brabantse 'onderdanen' veel extensiever interpreteren dan in het Rijk aanvaardbaar gevonden werd. In het Abschied van de Rijksdag van Regensburg (1641) beloofde de keizer (de Habsburger Ferdinand III) dan ook, er bij de koning van Spanje (de Habsburger Filips IV) en de gouverneur-generaal van de Nederlanden, de kardinaal-infant en 's konings broeder, Ferdinand, op aan te dringen de werking van de Bulle *secundum ius commune* te beperken tot een verbod van evocatie van Brabantse onderdanen buiten het Brabants territoir als gedaagden in *persoonlijke* acties, alsmede een verbod op het creëren van rechterlijke competentie door middel van het leggen van gerechtelijk beslag op de persoon of de goederen van zo'n Brabantse debiteur.[29]

De demarches van de keizer sorteerden blijkbaar niet veel effect, want de standen van het Rijk lieten de volgende keizers reeds vóór hun kroning het zetten van soortgelijke stappen beloven. In de 'Wahlkapitulation' van de zoon van keizer Ferdinand III, zijn beoogd opvolger koning Ferdinand IV (1653-1654), vinden we voor het eerst de belofte

28 Zie het lemma 'Rechtshilfe' (van W. Sellert), in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte Bd. 4 (Berlin 1999), kol. 299-302. Vgl. G.W. Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses (3. Aufl. Leipzig 1878 = Neudr. Aalen 1969), pp. 468-473.

29 Zie voor de periode 1600-1643: Gross e.a., Urkunden und Aktenstücke 2, nrs. 797, 809, 867, 877, 878, 879, 880, 881 (Regensburger Abschied), 883 en 884.

terug dat hij een eind zal maken aan het misbruiken van de Gouden Bulle. Soortgelijke beloften zullen in alle capitulaties van Leopold I (1658) tot en met Leopold II (1790) voorkomen.[30] Als men bedenkt dat de Habsburgse keizers steeds de bescherming van de privileges van hun *Oostenrijkse* erflanden voor ogen hadden en dat zij bovendien sinds het begin van de achttiende eeuw ook nog heer der Zuidelijke Nederlanden waren, verwondert men zich niet over hun weinig actieve houding bij het oplossen van het 'Brabantse probleem'. De steunbetuigingen van het Praagse hof ten behoeve van Loijsa Haller en Alberto Struzzi zullen eveneens met het Habsburgse familie-netwerk hebben samengehangen. Kenmerkend lijkt mij het slot van een verzoek dat Alberto Struzzi aan de keizer richtte om een nieuw uit te vaardigen bevelschrift aan de Neurenbergse Raad ditmaal te voorzien van een bedreiging met een fikse geldboete bij overtreding (en een harde bestraffing bij herhaling):

> Op deze wijze verricht de keizer een werk van Goddelijke gerechtigheid, en zo zal ook aartshertog Albert van Oostenrijk, mijn genadige vorst en landsheer, meer reden hebben om snel recht te doen, als hij in zijn Bourgondische land een verzoek krijgt om rechtshulp van de kant van de keizer of de onder hem staande rechters en Rijksstanden.[31]

Horen wij hier de woorden van een adviseur of die van een onderdaan?

Bijlage

Haus-, Hof und Staatsarchiv Wien, Reichshofrat, Alte Prager Akten, Karton 79, Konv. 3, fol. 401r.

Mandatum poenale Imperatoris Caroli.V. generale ad omnes Rom. Imperii subiectos.

Serio mandamus, ut nostram et Imperii, vestramque superioritatem, iurisdictionem, feuda, bona et iura conservetis, neque vos neque vestros vasallos et subditos ad externa et foranea tribunalia in ius vocari, trahive sinatis, neque externorum Principum iurisdictioni vos aut vestros, ratione quorumcunque bonorum Imperii jurisdictioni subiectorum, quovis modo submittatis, neque citati compareatis, tam ratione personarum quam bonorum, sed potius antiquos Imperii limites conservare studeatis, Et si quid a quopiam extraneo Principe aut quovis alio attentari contigerit, ei pro virili resistatis, nosque et Fiscalem Iudicii Camerae citra ullam cunctationem certiores reddatis, quo in omnem casum de congruo remedio possit provideri. Datum Bruxellis 3 Octobris Anno etc. 48 sub poena indignationis et poena arbitraria, ratione contemptus et negligentiae.

30 Zie: E. de Borchgrave, 'La bulle d'or de Brabant', in: Messager des sciences historiques ou archives des arts et de la bibliographie de Belgique 1875, pp. 79-96.

31 Suppliek aan het hof binnengekomen op 21 juni 1600; zie: Haus-, Hof- und Staatsarchiv Wien, Reichshofrat, Alte Prager Akten, K 79, Konv. 3, fol. 138v.

Abstract

In 1595, in a contentious procedure, in which the executors mentioned below were the defendants, papal judges decided that the monastic vows taken by Loijsa Haller von Hallerstein, a Cistercian nun, were null and void. Accordingly, she was capable of entering into matrimony and taking the half to which she was entitled of the goods of her deceased parents. These goods were located in Brussels and Nuremberg, the Hallers' home. Loijsa applied to the Council of Brabant in Brussels to compel the testamentary executors in the estate of her deceased brother Carl, who were the same executors who had administered the parents' estates, to cooperate in complying with the order. The Council requested legal assistance from the Municipal Council of Nuremberg, which had jurisdiction in the matter, but the Council neglected to carry out the order. It allowed the executors to summon Loijsa under the *lex diffamari* and, subsequently, to appeal to the Imperial Chamber Court against the Court's sentence. Loijsa – by now married to Alberto Struzzi, counselor of Archdukes Albert and Isabella – successfully complained about this injustice to Emperor Rudolph II. As from August 1598, imperial warrants were issued against the Council of Nuremberg, in order to make it take action, but without result. Only when Loijsa and Alberto challenged another delaying measure from Nuremberg before the Aulic Council, was there progress. The Nuremberg opponents reached an agreement with Loijsa, which the Emperor approved in March 1603. Consequently the former nun from Brussels eventually obtained her money, although the dispute with her relatives was never resolved in a secular court. The outcome corresponded to the traditions of the Council of Brabant. For centuries, the Council tried to settle lawsuits between residents of the duchy of Brabant and non-Brabantine 'foreigners' completely within the borders of the duchy. The judges pursued a policy of circumventing the application of the rule *actor sequitur forum rei* and, until the dissolution of the Holy Roman Empire, the German Emperors tolerated this breach of the rights of neighbouring principalities and imperial cities inside the Empire.

IMAGEN Y REPRESIÓN DE LA PROSTITUCIÓN EN ÉPOCA VISIGODA

E. Osaba*

Apenas iniciado el reinado del monarca visigodo Recaredo (586-601), en el quicio entre los siglos VI-VII de nuestra era, se asiste a un hecho fundacional y trascendente para el destino de la monarquía visigoda hispana: la conversión pública del monarca al catolicismo de Roma, con abandono de la doctrina arriana que hasta entonces profesaba. Esta decisión de unidad de Recaredo y del pueblo godo en torno a la ortodoxia romana será alentada y auspiciada por el prelado Leandro de Sevilla (534-final s. VI), auténtico muñidor de este proceso de incorporación de los visigodos al catolicismo niceno. En el año 589, con ocasión del III Concilio de Toledo, en que se solemniza y sanciona esta conversión a la fe católica, Leandro de Sevilla pronuncia, una vez confirmados los cánones, su famosa *Homelia in laude ecclesiae ob conversionem gentis*[1]. Se trata de un discurso de gran fuerza retórica, atravesado de figuras de estilo y pensamiento y de continuas referencias al Antiguo y Nuevo Testamento, en el que Leandro, en esta loa del triunfo de la conversión, recurre, justamente, a la prostitución como metáfora de la herejía arriana que en este concilio se proscribe y arrumba:

> *Haereses enim quae respuit catholicae ecclesiae unitatem, eo quod adulterino amore diligat Christum, non uxoris, sed concubinae obtinet locum, quoniam re uera duos dicit scriptura esse in carne una, uidelicet Christum et ecclesiam, quo locum meretrix nullum inuenit tertia.*
>
> *... Quaerant nunc haereses a quo constuprentur uel cuius sint prostibulum factae, quoniam ab immaculato toro recesserunt Christi ...*[2].

1 *Homelia Sancti Leandri episcopi in laude ecclesiae ob conversionem gentis post concilium et confirmationem canonum edita*. Utilizo la edición de G Martínez Díez & F Rodríguez *La colección canónica hispana V. Concilios hispanos segunda parte* (Madrid, 1992) 148-159, texto en 157. Este trabajo se encuadra en el Proyecto I+D, DER2010-18019, Micinn 2011-2013: Las mujeres y la práctica jurídica en el Imperio Romano.

2 Estos textos aquí destacados forman parte de un fragmento que celebra la unión del Cristo y su Iglesia, y se apoyan en fuentes bíblicas y patrísticas. Entre otras fuentes bíblicas, señaladamente Génesis 2,24; Cantar de los Cantares 6,2 y 6,8; Epístola de Pablo a los Efesios 5,23-32. Ver un análisis detenido de las fuentes utilizadas en este fragmento en A Gómez Cobo *La homelia in laude ecclesiae*

* Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad del País Vasco UPV/EHU.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 658-666

Sin abandonar esta imagen de la prostitución que Leandro de Sevilla proyecta, me propongo abordar someramente la regulación de la prostitución femenina (de la específicamente masculina no hay mención en las leyes) durante este período de la monarquía visigoda hispana, esos doscientos años de historia que ocupan los siglos VI y VII[3], a través de su llamativa presencia en la *Lex Visigothorum*[4], promulgada por Recesvinto ([649]-653-672) en el año 654. También mencionaré de forma sucinta la legislación conciliar, fuente igualmente relevante en esta época dada la frecuencia con que los concilios de la Iglesia se suceden, tanto antes como después de la conversión al catolicismo[5].

La *Lex Visigothorum* cuenta, en efecto, con una ley *antiqua*, LV 3,4,17, que aborda específicamente la sanción de la prostitución[6]. Forma parte del libro III, *De ordine coniugali*, cuarto título: *De adulteriis*. No debe olvidarse que la norma, con independencia del éxito de su aplicación práctica, mantuvo su vigencia hasta la desaparición del reino visigodo (e incluso más allá, con la versión a la lengua romance del s. XIII o *Fuero Juzgo*[7]). Veamos su tenor.

> LV 3, 4, 17 *ant.: De meretricibus ingenuis vel ancillis, aut si earum scelus iudices perquirere vel corrigere noluerint.*
>
> *Si aliqua puella ingenua sive mulier in civitate publice fomicationem exercens meretrix agnoscatur et frequenter deprehensa in adulterio, nullo modo erubescens, iugiter multos viros per turpem suam consuetudinem adtrahere cognoscatur, huiusmodi a comite civitatis conprehensa CCC flagellis publice verberetur et discussa ante populum*

de Leandro de Sevilla (Murcia, 1999) 93-97; 132-138; 258-259; Idem "Matizaciones teológicas y políticas de Leandro de Sevilla a los discursos de Recaredo en el III Concilio de Toledo" (2000) 16(29) *Carthaginensia* 1-30; Idem "El ordo verborum en la Homelia in laude ecclesiae de Leandro de Sevilla. Incidencia en su teología" (2000) 16(29) *Carthaginensia* 268-269. También, J Fontaine "La homilía de San Leandro ante el Concilio III de Toledo: temática y forma" *Concilio III de Toledo XIV Centenario 589-1989* (Toledo, 1991) 249-261, en especial 251-252; A Ferreiro "Linguarum Diversitate: Babel and Pentecost in Leander's Homily at the Third Council of Toledo" *Concilio III de Toledo XIV Centenario 589-1989* (Toledo, 1991) 237-248.

3 Sobre este período, J Arce *Esperando a los árabes Los visigodos en Hispania (507-511*) (Madrid, 2011); R Sanz Serrano *Historia de los godos* (Madrid, 2009); MªR Valverde Castro *Ideología, simbolismo y ejercicio del poder real en la monarquía visigoda un proceso de cambio* (Salamanca, 2000); EA Thompson *Los godos en España*[5] (Madrid, 2007); PD King *Derecho y sociedad en el reino visigodo* (Madrid, 1981); J Orlandis *Historia del reino visigodo español*[2] (Madrid, 2006).

4 Sigo la edición de K Zeumer *Leges Visigothorum*, *MGH, LL nat. Germ.*I (Hannover, 1902).

5 C Martin "Le liber iudiciorum et ses différentes versions" (2011) 41(2) *Mélanges de la Casa de Velázquez* 17-34; C Petit "Derecho visigodo del siglo VII. Un ensayo de síntesis e interpretación" *Hispania gothorum San Ildefonso y el reino vísigodo de Toledo* (Toledo, 2007) 75-85; K Zeumer *Historia de la legislación visigoda* (Barcelona, 1944) 13-6; J Orlandis & D Ramos-Lisson *Historia de los concilios de la España romana y visigoda* (Pamplona, 1986); G Martínez Díez *La colección canónica hispana I. Estudio* (Madrid, 1976).

6 Las leyes *antiquae* de este cuerpo legal son de datación incierta, y en su mayoría pueden provenir del Código de Eurico (466-484), de finales del s. V, cuando los visigodos tenían todavía su asentamiento en las Galias, y/o de la actividad del monarca visigodo Leovigildo (569-586). Ver A D'Ors *El Código de Eurico*, *Cuaderno del Instituto Jurídico Español 12* (Roma-Madrid, 1960) así como la bibliografía citada en la n 5.

7 Sobre el *Fuero Juzgo*, JM Pérez-Prendes Muñoz-Arraco *Historia del derecho Español* II (Madrid, 1999) 700-702.

dimittatur sub ea condicione, ut postmodum in turpibus viciis nullatenus deprehendatur, nec umquam in civitatem ei veniendi aditus detur. Et si postmodum ad pristina facta redisse cognoscitur, iteratim a comite CCC flagella suscipiat et donetur a nobis alicui pauperi, ubi in gravi servitio permaneat, et numquam in civitatem ambulare permittatur. Et si ita forte contingat, ut cum conscientiam patris sui vel matris adulterium admittat, ut quasi per turpem consuetudinem et conversationem victum sibi vel parentibus suis adquirere videatur, et ex hoc pater vel mater fuerint pro hac iniqua conscientia fortasse convicti, singuli eorum centena flagella suscipiant.

Si vero ancilla cuiuscumque in civitate simili conversatione habitare dinoscitur, a iudice correpta trecentenis similiter flagellis publice verberetur et decalvata domino reformetur sub ea condicione, ut eam longius a civitate faciat conversari aut certe tali loco transvendat, ubi penitus ad civitatem accessum non habeat. Quod si forsitam nec ad villa transmittere nec vendere voluerit, et iterum ad civitatem reversa fuerit, huiusmodi dominus in conventu publice L flagella suscipiat. Ipsa vero ancilla donetur alicui pauperi, cui rex aut dux vel comes eligere voluerit, ita ut postmodum ad eandem civitatem illi veniendi aditus non prestetur. Quod si contigerit, ut cum domini volumtatem adulterium admisisset, adquirens per fomicationes pecuniam domino suo, et ex hoc publice fuerit convictus, ipse dominus eundem numerum flagellorum, qui superius de eadem continetur ancilla, suscipiat. Similiter et de ipsis precipimus custodiri, que per vicos et villas in fornicandi consuetudine fuerint deprehense.

Quod si iudex per neglegentiam aut forte redemtus, talia vitia requirere aut contestari vel distringere noluerit, a comite civitatis C flagella suscipiat et XXX solidos reddat ei, cui a nobis fuerit ordinatum.

Esta ley ha sido atribuida a Leovigildo (569-586), e interesante a este respecto es que, efectivamente, un monarca nos habla en primera persona en el texto legal (... *donetur a nobis alicui pauperi*; *precipimus custodiri; cui a nobis fuerit ordinatum*)[8]. En ella, como veremos más adelante, se sigue en muchos aspectos la estela de la precedente legislación romana sobre prostitución y lenocinio.

La norma, prescindiendo de todo preámbulo, arranca describiendo en detalle el supuesto de hecho de mujer libre, tanto joven como adulta (*puella ingenua*, por contraposición a *mulier*), a la que se reconoce como meretriz porque ejerce la pública fornicación en la ciudad y, además, sin avergonzarse por ello (*nullo modo erubescens*), es sorprendida frecuentemente en adulterio y se sabe que con su deshonesta conducta atrae a muchos hombres. La mujer libre descubierta en este comercio, tras ser aprehendida por iniciativa del conde de la ciudad[9] y ser flagelada públicamente con 300 azotes, quedará libre a condición de que nunca más retome su actividad ni retorne a la ciudad. Para la reincidente, a quien el conde de la ciudad castigará nuevamente con idéntica pena de

8 Apuestan por esta atribución D'Ors (n 6) 150, H Nehlsen *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen* (Göttingen, 1972) 245-247 y R Ureña y Smenjaud *La legislación gótico-hispana (leges antiquiores – liber iudiciorum). Estudio crítico*, C Petit (ed) (Pamplona, 2003) 270.

9 El *comes civitatis* es, sin duda, un funcionario clave del sistema administrativo y de gobierno en el ámbito territorial, con atribuciones máximas en los ámbitos civil y militar; ver LA García Moreno "Hispania Visigoda (Siglos V a VII)" *Historial militar de España* (dir. H O'Odonnell) T. 2 (Coord. M Á Ladero Quesada) (Madrid, 2010) 41-78.

flagelación, se dicta además, y por orden del rey, su entrega en esclavitud a algún *pauper* (*alicui pauper*), con el objetivo manifiesto de doblegarla endureciendo sus condiciones de vida y evitar así su reincidencia.

Tras ocuparse de las mujeres libres que ejercen la prostitución, la ley enfoca ahora a los progenitores, pues en caso de que estos, y se alude expresamente tanto el padre como la madre, hubieran consentido esta actividad – calificada de *adulterium* – en su hija, o hubieran hecho de ella su medio de vida, serían sancionados por este consentimiento y conducta inmoral (*iniqua conscientia*) a la flagelación de 100 azotes.

La segunda parte de esta ley, que presenta una interesante estructura de dispositivos paralelos, se concentra ahora en el castigo de las mujeres prostitutas de condición esclava. En primer lugar, el juez, tan pronto tenga conocimiento de que una sierva (*ancilla*) vive en la ciudad con un sistema de vida semejante al anteriormente descrito en la ley, ordenará su detención y flagelación pública con 300 azotes, igual que en el supuesto anterior dirigido a la mujer libre, y la restituirá a su dueño, previa decalvación y con la condición expresa de que la aleje de la ciudad o proceda a su venta impidiéndole así acceder de nuevo a la urbe.

Se pasa acto seguido a tratar de la sanción de los dueños de esclavas que hubieran incumplido esta prohibición de retorno a la ciudad o la orden de venta o alejamiento del recinto ciudadano. El dueño infractor será sometido, *in conventu publice*, al flagelo de 50 azotes. Por su parte, y en correspondencia con la mujer libre reincidente, la esclava reincidente sería igualmente entregada a un *pauper*, cuya designación correspondería al rey, al duque de la provincia o al conde, vedándole asimismo su retorno a la ciudad.

Ahora bien, el dueño no es sólo castigado en esta ley por negligente o transgresor, pues también se le tiene en cuenta a efectos sancionatorios para el caso de que, como cabe suponer, se lucre del ejercicio de la prostitución, o *adulterium*, de su esclava (*cum domini volumtatem adulterium admisisset*), pues si fuera públicamente convicto por este comercio, el dueño sufriría la misma pena de flagelación que la destinada para su sierva.

Con dos últimos y breves párrafos concluye la ley. En el primero se hace extensiva la prohibición del ejercicio de la prostitución a los más pequeños núcleos de pueblos y aldeas. En el último, la sanción se dirige contra el juez que por negligencia, o en su caso soborno, rechace investigar, comprobar o reprimir estas conductas: recibirá 100 latigazos, castigo que impondría el conde[10] de la ciudad, más una multa de 30 sueldos, cuyo destino sería decidido por el monarca.

Son varios los aspectos a destacar de una ley, en la que, como se ha señalado, muy probablemente Leovigildo, y por tanto el último monarca arriano, se nos dirige en primera persona.

En primer lugar vemos que se establecen dos importantes dispositivos paralelos, con coincidencias incluso en la pena, uno para las mujeres libres y otro para las esclavas. También el último, muy significativo, se detiene en la desidia negligente o en la corrupción de los jueces. Aunque, como sabemos, en la legislación romana bajoimperial

10 El hecho de que en la ley se atienda a dos autoridades judiciales distintas, *iudex* y *comes*, muestra la complejidad y riqueza de este texto. Sobre la escala judicial visigoda, ver C Petit *Iustitia gothica. Historia social y teología del proceso en la Lex Visigothorum* (Huelva, 2001) 246 ss y 321 ss; LA García Moreno "Estudios sobre la organización administrativa de Toledo" (1974) 44 *Anuario de historia del derecho Español* 5-155, Zeumer *Historia* (n 5) 163 ss; King (n 3) 97 ss.

también las libres y esclavas, además de sus padres y dueños[11], merecían la atención del legislador, a diferencia de esta ley leovigildiana la intervención legislativa en estas constituciones se dirige fundamentalmente contra el proxenetismo y aquellos terceros que se lucran de la prostitución, entre quienes se cuentan ya en algunas normas padres y dueños. Es distintivo del derecho visigodo, en cambio, que se ciña en primer término al castigo de las mujeres prostitutas libres y esclavas, que sólo después se hace extensivo, con menor saña quizá, a padres y dueños consentidores.

Merece también alguna consideración la propia calificación de *adulterium* que la prostitución merece en esta ley – ocupando así parte del título *De adulteriis* –, de acuerdo con un concepto lato de adulterio que engloba relaciones sexuales ilícitas, y por tanto prohibidas, de muy diversa índole, como también encontramos en algunos otros textos de la *Lex Visigothorum*[12]. Y como tal ejercicio parece requerir del carácter público de la fornicación e involucrar, con ofensa al pudor, a un gran número de hombres con contraprestación económica[13]. El texto se acompaña cargado de epítetos que subrayan el rechazo de la prostitución, aunque, significativamente, sólo en la primera parte dedicada a la represión de las prostitutas libres: *turpis consuetudo*, *turpis vicium*, *inicua conscientia*, vertiente terminológica ésta sin duda deudora del derecho romano precedente[14]. En el otro extremo, en relación con las prostitutas esclavas no se aprecia una misma necesidad de subrayar denigratoriamente su actividad.

Como hemos visto, en primer término, en la ley aparecen sancionadas, de un lado, las mujeres jóvenes y adultas libres, y sus padres y madres si estuvieran en conocimiento de la actividad ilícita que desarrollan; de otro, las esclavas y sus dueños si se lucran con ella. Además, incluso sobre los jueces puede recaer la sospecha de posible negligencia o corrupción en la represión de la prostitución, en línea con las últimas disposiciones del derecho romano precedente. En el texto, donde cabe apreciar la ausencia de toda mención a los clientes directos de la prostitución, no hay más referencia sobre quienes, como rufianes y alcahuetes, se encargan generalmente de explotarla, a excepción de los padres y dueños, que acaparan por entero este papel[15]. Hasta cierto punto, y para

11 Especialmente, la constitución de Teodosio II y Valentiniano III del 428, recogida en CTh 15,8,2 (también en CJ 11,41,6 y CJ 4,1,12), y la Nov 18 de Teodosio II del 439, así como la constitución de León (457-467), en sus dos versiones CJ 1,4,14 y CJ 11,41,7. Ver sobre estas constituciones, A Sicari *Prostituzione e tutela giuridica della schiava. Un problema di política legislativa nell'Impero romano* (Bari, 1991) 27 ss; Th A J McGinn *Prostitution, Sexuality, and the Law in Ancient Rome* (Oxford, 1998).

12 He profundizado en estos aspectos en E Osaba *El adulterio uxorio en la Lex Visigothorum* (Madrid, 1997). Para el precedente romano, McGinn *Prostitution* (n 11) 156 ss; J Beaucamp *Le statut de la femme à Byzance (4-7 siècle)* (Paris, 1990) 125-129.

13 La promiscuidad, el pago como contraprestación por el acto sexual y la ausencia de relación en la pareja han sido considerados los elementos constitutivos básicos de la prostitución. Ver Th A J McGinn "The Legal Definition of Prostitute in Late Antiquity" (1997) 42 *Memoirs of the American Academy in Rome* 73-116; Idem *Prostitution* (n 11) 17-18; I Mereu "Prostituzione" (1988) 37 *Enciclopedia del diritto* 440-451, en especial 447 ss.

14 Dig 23,2,41 pr (*Marcell* 26 *dig*); Dig 23,2,43,4 (*Ulp* 1 *ad leg Iul et Pap*); Dig 12,5,4,3 (*Ulp* 26 *ed*); ver McGinn *Prostitution* (n 11) 123 ss; Mereu (n 13) 447 ss.

15 Esta tendencia se encuentra ya presente en una parte de la legislación bajoimperial, así, por ejemplo, en CTh 15,8,2 (recogida en CJ 11,41,6 y CJ 4,1,12), y también en la Nov 18 de Teodosio II del 439.

este período histórico concreto, posiblemente ello sea indicativo también de que la ley se dirige a la represión de un ejercicio de la prostitución individual no organizado en prostíbulos o burdeles, como corresponde al tenor prohibicionista de la época.

El delito, a juzgar por el castigo que lleva aparejado, iguala con 300 latigazos a mujeres libres y esclavas, y reserva además expresamente la decalvación para estas últimas. Incidiendo en la condena, a las libres reincidentes se las reduce además a la esclavitud de *pauperes*, a quienes también se entregarán las esclavas reincidentes cuyos dueños hubieran consentido el ejercicio de la prostitución[16]. Ahora bien, esta aparente equiparación de la pena comporta no obstante notables diferencias en esta ley, pues las mujeres libres, además de la pena corporal, sufren la pérdida de su propia condición de tales, una *capitis deminutio* máxima que sólo se aplica en los delitos más graves[17]. Resulta revelador de la importancia que se otorga a la represión de la prostitución que la decisión de a quién hacer entrega de la esclava penada a una renovada esclavitud se deje nada menos que en manos del propio rey, de su duque (o jefe provincial) o del conde de la ciudad.

Para el juez corrupto o negligente se reservan, en coincidencia con los padres culpables, 100 latigazos más, adicionalmente, una multa de 30 sueldos[18]. Las penas pecuniarias, la expulsión de la ciudad y el flagelo son sanciones que también encontramos en las constituciones citadas del Código Teodosiano y del Código de Justiniano, aunque dirigidas a padres, dueños y otros terceros proxenetas, además de a magistrados negligentes o consentidores, no así en cambio a las mujeres que ejercen la prostitución. En nuestra ley, por el contrario, como hemos visto, son las mujeres las principales y primeras destinatarias de las duras sanciones de una norma en la que no se hace consideración alguna a que hayan podido ser engañadas o forzadas a la prostitución. La ley se centra básicamente en el castigo sin distingos de las prostitutas, deteniéndose en los proxenetas, padres y dueños, como acompañantes ocasionales en tanto se pruebe su asentimiento o enriquecimiento con este comercio ilícito. No hay atisbo en la norma de la magnanimidad para con estas mujeres que podemos apreciar en algunas constituciones bajoimperiales, señaladamente en la Nov. 14 de Justiniano.

Con independencia de que sean libres o esclavas, comprobamos que la prostitución se entiende como medio de vida o comercio o lucro para consigo mismas, sus padres o sus dueños. Y ésta es la visión prevalente también en una figura de primer orden y gran influencia en la Hispania visigoda como Isidoro de Sevilla (560-636), en cuyas

16 Sobre el concepto y significado de *pauper* y la discusión a que ha dado lugar, J Orlandis *La Iglesia en la España visigótica y medieval* (Pamplona, 1976) 215 ss. Zeumer *Historia* (n 5) 163 ss, entiende la referencia a *pauper* por oposición a *potens*; así, por ejemplo, en c.32 del concilio de Toledo IV, del año 633: *Iudices ac potentes pauperum oppressores*, edición de Martínez Díez & Rodríguez *La colección canónica hispana V* (n 1).

17 En LV 3,2,3 *ant* Erv, por ejemplo, se encuentra también como sanción para las mujeres libres que mantienen relaciones con esclavos ajenos contra la voluntad de sus dueños.

18 Los magistrados en todos sus rangos y sus oficiales negligentes son objeto de sanción en la constitución del emperador León recogida en CJ 11,41,7, con precedente ya en la Nov 18 de Teodosio II, del año 439.

Etimologías se enfatiza la vertiente de cobro y pago como relevante, enmarcado además en una concepción apocalíptica y negativa de la prostitución[19].

Su proscripción en la ley ayuda también, hasta cierto punto, a desvelar una parte al menos del ejercicio de la prostitución durante este período, que podemos entrever de este modo como la actividad individual marginal que permitía ganarse la vida tanto a mujeres libres, jóvenes, presumiblemente con el respaldo de los padres, y adultas, como a esclavas, que rendían con ello beneficios a sus dueños (el texto sólo contempla al *dominus*, no a la *domina*). Asistimos así también a la descripción de un comercio ciudadano, aunque luego la ley lo extienda a *vicos et villas*[20], y en el que no se refleja un entramado más o menos organizado de la prostitución.

Esta ley implacablemente prohibicionista es claramente disonante, en su concepción y justificación, con el pensamiento de Agustín de Hipona (354-430), cuyo ascendiente e influencia impregna sin duda, como no podía ser menos, otras muchas leyes de la *Lex Visigothorum,* aunque más tardías[21]. En su conocida fórmula utilitarista este Padre de la Iglesia concibe la prostitución como un mal menor inevitable que permite mitigar otros mayores: ... *Quid sordidius, quid inanius decoris et turpitudinis plenius meretricibus, lenonibus caeterisque hoc genus pestibus dici potest? Aufer meretrices de rebus humanis, turbaveris omnia libidinibus* ...[22].

No contamos con ninguna otra ley que aborde la prostitución en la *Lex Visigothorum*, pero sí se desliza en un canon conciliar, a saber, el c. 44 del IV Concilio de Toledo, celebrado en el año 633 bajo la autoridad de Isidoro de Sevilla[23]. De forma explícita ahora, las prostitutas vienen a engrosar junto a viudas y repudiadas el elenco de mujeres que, se nos dice, no es conveniente que casen con clérigos: *Clerici qui sine consultu*

19 Isidoro, *Etimologías*, 10, 182: *Meretrix dicta eo quod pretium libidinis mereatur. Inde et meritoriae tabernae nam et milites, cum stipendia accipiunt, mereri dicuntur*; 10, 229, *Prostitutae, meretrices a prosedendo in meritoriis vel fornicibus. Pelex apud Graecos proprie dicitur, a Latinis concuba. Dicta autem a fallacia, id est versutia, subdolositate vel mendacio*; 18,42,2 *Idem vero theatrum, idem et prostibulum, eo quod post ludos exactos meretrices ibi prostrarentur. Idem et lupanar vocatum ab eisdem meretricibus, quae propter vulgati corporis levitatem lupae nuncupabantur nam lupae meretrices sunt a rapacitate vocatae, quod ad se rapiant miseros et adprehendant. Lupanaria enim a paganis constituta sunt ut pudor mulierum infelicium ibi publicaretur, et ludibrio haberentur tam hi qui facerent quam qui paterentur.* Para el texto he seguido San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*. Edición bilingüe. J Oroz Reta & MA Marcos Casquero (eds) (Texto latino, versión española y notas). Introducción MC Díaz y Díaz, Biblioteca de Autores Cristianos 647 (Madrid, 2004).

20 Al igual que en la ley analizada, también se extiende explícitamente la represión a los alrededores de la ciudad en la última parte de la Nov 14 de Justiniano (535).

21 J Fontaine *Culture et spiritualité en Espagne du IVe au VIIe siècle* (London, 1986) IV 145 ss; I Velázquez "Pro patria gentisque gothorum statu (4th Council of Toledo, Canon 75, a.633)" *Regna and Gentes. The Relationship between Late Antique and Early Medieval Peoples and Kingdoms in the Transformation of the Roman* World, HW Goetz & J Jarnut & W Pohl (eds) (Leiden, 2003) 164.

22 Agustín *De Ordine*, 2,4,12; PL Migne 32.

23 Orlandis & Ramos-Lisson *Historia de los concilios* (n 5) 299 ss; Martínez Díez *La colección canónica hispana I* (n 5) 218 ss. Ver sobre este período LA García Moreno *Historia de España de R. Menéndez Pidal* 3, 1 (Madrid, 1991) 158 ss; Velázquez (n 21) 161-217; Valverde Castro (n 3) 268-269; A Suntrup *Studien zur politischen Theologie im frühmittelalterlichen Okzident. Die Aussage konziliarer Texte des Gallischen und Iberischen Raumes* (Münster, 2001) 258 ss.

episcopi sui uxores duxerint, aut uiduam uel repudiatam uel meretricem in coniugio acceperint, separari eos a proprio episcopo oportebit[24].

Las últimas menciones que encontraremos en sede conciliar son de nuevo en clave retórica y se corresponden con dos concilios del período último de la monarquía visigoda. En el XI Concilio de Toledo del 675, bajo el reinado de Wamba (672-680), se encabeza el Acta conciliar con una mención bíblica que subraya y asocia la figura de la meretriz con la relajación de costumbres de los clérigos:

> *Cernebamus enim quomodo Babilonicae confusionis olla succensa nunc tempora conciliorum auerteret, nunc sacerdotes Domini de resolutis moribus irretiret. Purpuratae enim meretricis sequebantur inuitamenta, quia ecclesiastici conuentus non aderat disciplina nec erat qui errantium corrigeret partes cum sermo divinus haberetur extorris*[25].

Unos pocos años después, en el XIII Concilio de Toledo celebrado en el año 683, en el contexto de la prohibición de que la reina viuda pueda volver a contraer matrimonio, se anatemiza retóricamente así esta eventualidad en su c. 5:

> *Quis enim Christianorum aequanimiter ferat defuncti regis coniugem alieno postmodum conubio … ut quae fuit domina gentis, sit in postmodum prostibulum foeditatis … et quae toris exstitit regalibus honoris regii sublimitate coniuncta, stupris eorum uel coniugiis quibus pridem dominata est, abdicetur ut reproba*?[26]

Una y otra vez, como comprobamos, se retoma el tópico de la prostitución, en este caso para denostar y proyectar la imagen más abyecta de la que fuera *domina gentis*.

Durante todo este período de dominación visigoda no alcanzará a superarse esta actitud represiva y de extrema negación y rechazo de la prostitución y sus protagonistas. Es necesario señalar la fuerte influencia que los Padres de la Iglesia coetáneos y de siglos anteriores dejan sobre los legisladores visigodos. La propia compilación visigoda es, de entre todo el conjunto de legislaciones de los pueblos germánicos de este período, la que mayor número de citas y referencias bíblicas recoge[27].

No será hasta siglos después, en un contexto histórico y social del todo nuevo, cuando tome cuerpo la justificación agustiniana clásica del mal menor y, avanzado el s. XIII, podamos asistir a un nuevo proceso reglamentarista, ligado esta vez al auge y expansión comercial y urbano, en el que la prostitución se legaliza y regula y en el que jugará un papel relevante la recepción del derecho romano[28].

En conclusión, la imagen hostil hacia la prostitución recorre los textos conciliares y patrísticos a lo largo de todo este período visigodo, y la represión de su práctica late con fuerza en la única norma secular que la proscribe, LV 3,4,17 *ant*. En esta ley, aun cuando podemos advertir el eco de las constituciones bajoimperiales destinadas a la represión

24 Martínez Díez & Rodríguez *La colección canónica hispana V* (n 1) 228.

25 Texto de la edición tomado de G Martínez Díez & F Rodríguez *La colección canónica hispana VI. Concilios hispánicos tercera parte* (Madrid, 2002) 77; ver también 15-18.

26 Edición de Martínez Díez & Rodríguez *La colección canónica hispana VI* (n 25) 238.

27 Petit *Derecho visigodo* (n 5).

28 Un análisis de este proceso en J Rossiaud *Amours vénales La prostitution en Occident, XIIe-XVIe* (Lonrai, 2010); Idem *La prostituzione nel Medioevo*^{2} (Roma-Bari, 1995); Ver Mereu (n 13) 440-451.

del proxenetismo, pasa sin embargo a un primer plano el castigo inmisericorde de las mujeres prostitutas, con independencia de su origen libre o esclavo, algo sin parangón en el precedente romano bajoimperial, pero que bien puede relacionarse con el rigorismo en materia sexual de los Padres de la Iglesia de los primeros tiempos del Cristianismo, sin desdeñar el sello distintivo que imprime el último monarca arriano.

Abstract

The Liber iudiciorum or lex Visigothorum, a compilation of laws enacted by different monarchs, issued by Receswinth in 654, is part of the most Romanised group of Germanic laws of the period. The influence of the Roman law that preceded it may be seen in many of its rules, including those recording the name of the monarch who enacted them and other, older rules which did not. This paper analyses LV 3, 4,17 (antiqua), which was intended to stamp out prostitution, and which remained in force throughout the period of the Visigothic monarchy (506-711). This rule, with a clear structure of parallel legal dispositions, focuses on women who engage in prostitution, be they free women or slaves. They are the main recipients of the harsh penalties introduced by the law. There is also a section on punishment of the fathers of free women and the owners of slave women who have consented to or profited from the prostitution of their daughters or slaves. The last section deals with the punishment of judges who, through laxness or corruption, hamper the suppression of the offence. It is significant that this legal text closely echoes measures taken against pandering (lenocinium) in the late Roman Empire. However, unlike the earlier imperial provisions, the sanctions imposed in Visigoth law were chiefly involved the harsh punishment of women caught in the act of prostitution. As also seen in other sources from the same period, there is a significant shift towards strict prohibition, in which the punishments of prostitution and the women who engage in it are inflexible.

EIN LEIHVERTRAG UNTER *CONTUBERNALES* UND SEINE FOLGEN – ANMERKUNGEN ZU AFR. (8 *QUAEST.*) D. 13.6.21.1

Martin Pennitz*

1. Einleitung

In den Untersuchungen des Jubilars zu Bedeutung und philosophischem Hintergrund des *ius gentium* bildet gerade das römische *postliminium* einen wichtigen Bezugspunkt[1]. Insofern steht zu hoffen, dass der zwischen *milites contubernales*[2] geschlossene Vertrag, der Afrikan nicht zuletzt wegen des *ius postliminii* zu seiner Entscheidung inspiriert, auf *Laurens Winkel*'s wohlwollendes Interesse trifft. Es ist dabei das Verdienst eines fundierten Beitrags von *Lucio Parenti*[3], die Quästionenstelle D. 13.6.21.1 in ihrem Gesamtkontext interpretiert und einer zu engen Fokusierung auf das Problem der Gesamtobligationen entzogen zu haben: *Parenti* betont zu Recht, man müsse die Entscheidungen von Grundsachverhalt und der (bloß auf einen Schuldner bezogenen) Fallvariante in ihrem Wechselbezug erfassen. Obwohl man sich also maßgeblich auf die so vorgelegte Exegese des Belegs stützen darf, wird im Folgenden doch ein von *Parenti* abweichender Lösungsansatz vorgeschlagen, der von einem anderen Verständnis

1 Vgl. z.B. *L. Winkel*, Einige Bemerkungen zu ius civile und ius gentium, in: Ars aequi et boni. Festschrift W. Waldstein, Stuttgart 1993, 443ff., 445f.; *ders*., Mandatum im öffentlichen römischen Recht?, in: D. Nörr/S. Nishimura (Hrsg.), Mandatum und Verwandtes, Berlin u.a. 1993, 53ff., 62f.

2 Vgl. zum Begriff der Zeltkameraden während des Militärdienstes etwa Cic. Planc. 27 (*fuit in Creta postea contubernalis Saturnini, propinqui sui, miles huius Q. Metelli*); Cic. Lig. 21 (*haec ego novi propter omnis necessitudines, quae mihi sunt cum L. Tuberone; domi una eruditi, militiae contubernales, post adfines, in omni vita familiares*); Tac. hist. 1.23 (…, *in itinere, in agmine, in stationibus vetustissimum quemque militum nomine vocans ac memoria Neroniani comitatus contubernalis appellando*) oder Hist. Aug. (Lampr.), Alex. 53.7 („ … , *milites Romani, vestri socii, mei contubernales et commilitones amant, potant*, …").

3 *L. Parenti*, D. 13.6.21.1 (Afr. 8 quaest.): su un caso di furto della res commodata „periculo tuo" da parte del servo del commodante, in: Fides – humanitas – ius. Studii L. Labruna VI, Napoli 2007, 3982ff. (mit umfassender Behandlung der Literatur zum Beleg); vgl. nun auch *ders*., „In solidum obligari". Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito, Napoli 2012, 408ff.

* Universitätsprofessor, Professor ordinarius, Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte, Leopold-Franzens-Universität, Innsbrück.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 667-676

des zweimaligen Hinweises auf *periculum* getragen ist und die Konsequenzen der Afrikanentscheidung für das ins Auge gefasste Noxalverfahren mitberücksichtigen möchte. Zudem könnte sich hieraus ableiten lassen, dass unser Text einen wichtigen Aspekt des *commodatum* anspricht und auch insoweit größere Beachtung verdient[4].

2. Welche *quaestio* wird entschieden?

In Afr. (8 *quaest*.) D. 13.6.21.1 wendet sich der Hochklassiker einem offenbar aus dem Leben gegriffenen Fall zu, doch stellt sich vorrangig die Frage, worin überhaupt die *quaestio* liegt:

> In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi ac deinde meus servus subreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est. habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cuiusque parte: sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur. et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero eaque a servo meo subripiatur, agere mecum furti possis servi nomine.

2.1 Die Ausgangslage und eine überraschende Fallvariante

Im Zuge des Militärdienstes händigt ein Soldat Gefäße oder auch sonstige Ausrüstungsgegenstände[5] an seine Zeltkameraden zum unentgeltlichen Gebrauch aus[6], wobei im Text angemerkt ist, dass diese Objekte dem gemeinsamen Risiko (*communi periculo*) unterliegen. Der Hinweis scheint vorerst dafür zu sprechen, dass weder geklärt ist noch weiter interessiert, welchen *contubernales* nun der Gebrauch welcher *vasa* zugeordnet ist, vielmehr kommt es dem Verleiher bloß darauf an, letztlich die Gesamtanzahl *uno actu* zurückzuerhalten; ansonsten hätte er ja Einzelverträge abschließen können[7]. In weiterer Folge entwendet nun ein Sklave des Verleihers die

4 So findet die Entscheidung in einschlägigen Handbüchern (z.B. *M. Kaser*, Das römische Privatrecht I[2], München 1971, 806; *H. Honsell/Th. Mayer-Maly/W. Selb*, Römisches Recht[4], Berlin u.a. 1987, 594; *R. Zimmermann*, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town u.a. 1990, 1153) keine Erwähnung und dient etwa auch *F. Pastori*, Il commodato in diritto romano, Bologna 1995, 59 Fn. 23 einzig zur terminologischen Verweisung.

5 In speziell militärischem Sinn werden hier die *vasa* („le armi e, in generale, l'equipaggiamento militare") von *Parenti* 2012 (Fn. 3) 408f. u. Fn. 199; 417 u. Fn. 225 unter Hinweis auf Cic. Verr. II. 4.40 u. Liv. 21.47.2 verstanden. Allerdings steht diese Interpretation in einem gewissen Spannungsverhältnis zu *sine vasis receptus* im Text, da *arma* (/*vestis*) nicht dem *postliminium* unterliegen; vgl. nur Marcell. (39 *dig*.) D. 49.14.2.2: *Non idem in armis iuris est, quippe nec sine flagitio amittuntur arma enim postliminio reverti negatur, quod turpiter amittantur*: … .

6 Zum Sprachgebrauch *utendum dare* vgl. nur Ulp. (28 *ad ed*.) D. 13.6.1.1: … *inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli*. S. auch die Hinweise bei *B. Berndt*, Das Commodatum, Frankfurt/Main 2005, 45ff., bes. 50ff.; 64ff., bes. 69f.

7 Auch insoweit (s.o. Fn. 5) weicht der Erklärungsansatz von *Parenti* 2012 (Fn. 3) 417 leicht von dieser Grundkonzeption ab, wenn er – allerdings für die Entscheidung von Afrikan – darauf abstellt, dass „ciasuno, di fatto, avrebbe usato un'arma che un altro in quel momento non avrebbe potuto usare".

Objekte und setzt sich mit diesen zu den Feinden ab, wird aber später – freilich ohne *vasa* – ergriffen und *iure postliminii* an seinen Herrn ausgefolgt (*receptus*)[8].

Gemäß Afrikan[9] steht es unter diesen Umständen außer jedem Zweifel (arg. *constat*), dass die Entleiher mittels Vertragsklage für den Sachverlust einzustehen haben, wobei angefügt wird: „jeder zu seinem (ideellen) Anteil". Aus der Sicht der überwiegenden Lehre bedarf vor allem diese Anfügung *pro cuiusque parte* einer Erklärung, da sich der erste Teil der Aussage ja konsequent aus der *custodia*-Haftung beim *commodatum* ableite[10]. Und ebenso folgerichtig erscheint der zweite Teil der Entscheidung: Denn der Verleiher ist eben nicht als Täter des *furtum* anzusehen[11], das von einer anderen, wenn auch unfreien *persona* verübt wird[12]; insofern muss ihm als Gewalthaber, weil den „interessierten" Entleihern unzweifelhaft die Aktivlegitimation zur Deliktsklage zukommt[13], auch die Möglichkeit der *noxae deditio* eingeräumt sein[14]. Zudem braucht hier der begründende Hinweis auf die Regel *noxa caput sequitur* nicht weiter zu irritieren[15], da den Entleihern erst angesichts der *iure postliminii* wiedererlangten *potestas* über den Sklaven die (noxale) Klagebefugnis gegen den *dominus* zustehen kann[16].

Allerdings wird dieser schlüssig erscheinende Interpretationsansatz durch eine vom Hochklassiker nachgereichte Fallvariante konterkariert: Ist nämlich ein Objekt an eine einzige Person verliehen, und zwar wiederum auf deren Risiko (*tuo periculo*), und wird die *res* erneut vom Sklaven des Verleihers gestohlen, so stehe gleichfalls die *actio furti noxalis* zu. Misst man dieser „an sich" nicht weniger naheliegenden Entscheidung

8 Fest. p. 244 s.v. postliminium receptum (ed. Lindsay): … *item qui servos a nobis in hostium potestatem pervenit, postea ad nos redit in eius potestatem, cuius ante fuit, iure postimini*; vgl. auch Paul. Fest. p. 245: *Postliminium receptus dicitur is, qui extra limina, hoc est terminos provinciae, captus fuerat, rursus ad propria revertitur*.

9 *B. Biondi*, Le actiones noxales nel diritto romano classico, Cortona 1925 (= Annali Palermo 10/1925), 135; 286 geht demgegenüber von einer Julianentscheidung aus.

10 Vgl. aus neuerer Zeit nur *G. Sacconi*, Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano, Milano 1973, 60f.; *Ph. Schmieder*, Duo rei. Gesamtobligationen im römischen Recht, Berlin 2007, 180 Fn. 749; *A. Steiner*, Die römischen Solidarobligationen, München 2009, 240f.

11 Dann wäre einem Entleiher die Aktivlegitimation zur *actio furti* nämlich zu versagen, sofern ihm kein Retentionsrecht zusteht, wie sich etwa aus Paul. (5 *ad Sab*.) D. 47.2.15.2 oder Iul. (3 *ex Min*.) D. 47.2.60 ergibt; vgl. zu dieser Fallkonstellation insbes. *P. Apathy*, Commodatum und furtum, in: Festschrift H. Hausmaninger, Wien 2006, 15ff.

12 Vgl. *R. Knütel*, Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht, ZRG RA 100 (1983), 340ff., 378f.; allg. ferner Ulp. (18 *ad ed*.) D. 9.4.2 pr.: … *si autem insciente (sc. domino), noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat*.

13 Vgl. etwa D. 47.2.10ff., insbes. Ulp. (29 *ad Sab*.) D. 47.2.14.8; 15f.; auch der Untergang des Diebsgutes oder dessen Übergang *in potestatem hostium* ändert daran nichts, wie sich Ulp. (42 *ad Sab*.) D. 47.2.46 pr. entnehmen lässt.

14 S. schon oben Fn. 12; allg. ferner Gai. 4.75; Gai. (2 *ad ed prov*.) D. 9.4.1 und im Besonderen die Hinweise *servi nomine* in D. 13.6.21.1 bzw. in Paul. (39 *ad ed*.) D. 47.2.54.1.

15 Vgl. dazu Ulp. (41 *ad Sab*.) D. 47.2.41.2-3, wo sich ebenfalls die Begründung findet: … *et hoc est quod dicitur „noxa caput sequitur"*. Anders *O. Lenel*, Afrikans Quästionen, ZRG RA 51 (1931), 46 Fn. 4, der ein Glossem vermutet; dagegen schon zu Recht *A. D'Ors*, Las quaestiones de Africano, Rom 1997, 405 u. Fn. 1008.

16 In diesem Sinn etwa auch Ulp. (37 *ad ed*.) D. 11.1.16 pr.; vgl. *W.W. Buckland*, The Roman Law of Slavery, Cambridge 1908, 107 u. Fn. 3.

irgendeinen begründenden Wert für die offenbar zu behandelnde *quaestio* zu, so ergibt sich daraus – wie *Parenti* zu Recht betont[17] – die unabweisbare Schlussfolgerung, dass Afrikans Problemstellung jedenfalls „auch" mit der Gewährung der Noxalklage(n) zu tun haben muss: Denn in der Fallvariante fehlt es auf Schuldnerseite an der Personenmehrheit, weshalb hier der Frage nach einer Haftung *pro cuiusque parte* keinerlei Relevanz zukommen kann.

2.2 Die Bedeutung von *periculo communi* sowie *periculo tuo*

Bei der vorangehenden Skizzierung der Afrikanentscheidung blieb allerdings eine genauere Analyse der beiden Hinweise auf das *periculum* bewusst ausgespart, doch liegt die Vermutung nahe, dass gerade hierin das Bindeglied zwischen dem Ausgangsfall und der im letzten Satz der Stelle angefügten Variante liegen dürfte. Nun steht es zwar außer Zweifel, dass der Terminus *periculum* in den römischen Quellen in einer Reihe von Bedeutungen Verwendung findet, angefangen von der alltagssprachlichen „(Lebens-)Gefahr" über den juristisch-technischen Verweis: „possibility of loss" durch Gefahrtragung bzw. Verschulden bis hin zur – wie zu zeigen war – spezifischen Thematisierung eines „besonderen Prozessrisikos", worin zugleich die aktionenrechtliche Orientierung vieler Juristenaussagen zu Tage tritt[18], doch ist man bei unserem konkreten Beleg mit einem zusätzlichen Aspekt konfrontiert: Der Terminus wird hier nämlich nicht nur durch ein Adjektiv bzw. Possessivpronomen ergänzt, sondern bezieht sich zugleich auf ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Agieren: *(periculo communi) utendum dare*/ *(periculo tuo) utendum commodare*[19]. Da sich kein anderer ähnlich gelagerter Text unter Bezugnahme auf *periculum commune* findet[20], hat sich der Blick somit auf Quellen zu richten, in denen ein entsprechendes Handeln *periculo tuo*, *meo* bzw. *suo* thematisiert wird: Dabei zeigt sich, dass solche Formulierungen in aller Regel Klauseln bezeichnen[21], mit denen die jeweilige Partei ein besonderes Risiko entweder ihrem

17 *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3995f.

18 Vgl. dazu die Hinweise bei *M. Pennitz*, Das periculum rei venditae, Wien u.a. 2000, 50ff.; 350ff.; 361ff.

19 Insofern sind die von *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3999 u. Fn. 38f.; *ders*. 2012 (Fn. 3) 415f. u. Fn. 223f. zitierten Belege, wonach *periculum* hier auf die (regelmäßige) Haftung bis zur *custodia* verweise, wegen ihrer abweichenden Sprachstruktur in unserem Kontext nicht aussagekräftig: Bei Gai. D. 40.12.13.1 (*periculo nostro esse*); Ulp. D. 47.2.14.16 (*quorum periculo esse*) bzw. Paul. D. 4.9.4 pr. (*cuius periculo esse*) wird nämlich durch das *esse* bloß auf vorgegebene Zurechnungskriterien Bezug genommen, was in bestimmten Konstellationen natürlich auch ein „Haftungsrisiko unter Einschluss von *custodia*" ansprechen kann; zur ebenso herangezogenen Stelle D. 16.3.1.35 s. unten bei Fn. 21.

20 Vgl. auch die bei *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3988 u. Fn. 16 angesprochenen Quellen, wo etwa in Herm. D. 14.2.5 pr. (*in communi periculo*) bloß auf das gemeinsame Risiko hingewiesen wird, bei einem Sammeltransport in Seenot zu geraten.

21 Selbstverständlich finden sich aber auch Umschreibungen für die Vereinbarung derartiger Klauseln unter expliziter Verwendung von Verben wie *convenire*, *subicere*, *pacisci* etc.: Zu Abreden, die im Interesse des Hinterlegers erfolgen, vgl. etwa Ulp. (30 *ad ed*.) D.16.3.1.35: *Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur ut puta si hoc nominatim convenit*; ferner Ulp. D. 2.14.7.15 (*si quis pactus sit*) und Ner. D. 17.1.39 (*hac condicione*). Im Zusammenhang mit der *emptio venditio* etwa auch Ulp. D. 18.6.1 pr. (*se periculo subiecit*); Ulp. D. 18.6.10 (*hoc convenisset*) bzw. I. 3.24.3 (*nihil de periculo rei pactum*).

Geschäftspartner auferlegt[22], es selbst auf sich nimmt[23] oder sich hiervon eben freispielt (sog. Freizeichnungsklausel)[24].

Mit anderen Worten lässt sich davon ausgehen, dass der Verleiher in beiden von Afrikan geschilderten Fällen ein „besonderes Risiko" abredeweise auf die oder den Vertragspartner überwälzt. Schon sprachliche Erwägungen lassen sich also gegen die These von *Parenti* anführen, mit diesen Worten solle darauf hingewiesen werden, dass hier keine Klausel vorliege und dass die Entleiher bloß standardmäßig bis zur *custodia* einzustehen hätten[25]. Aber auch seine inhaltliche Begründung überzeugt m.E. nicht so recht: Wenn nämlich *periculo communi* dadurch zu erklären wäre, dass bei solchen (im Zuge des Militärdienstes geschlossenen) Leihverträgen häufig haftungsbegrenzende Abreden getroffen würden, und der Jurist deshalb im konkreten Fall ausnahmsweise das übliche Haftungsrisiko der Entleiher betonen wollte, so passt eine solche Interpretation gerade nicht zur Variante, bei der auch *Parenti* selbst davon ausgeht, dass hier keinerlei Zusammenhang zum Sachverhalt des Ausgangsfalls besteht[26].

Damit bleibt nun zu überlegen, welche Funktion diesen Abreden zukommen könnte: Da der Verleiher die *vasa* seinen *contubernales* unentgeltlich zur Verfügung stellt und das Verlustrisiko während eines Einsatzes im Felde (*in exercitu*) zweifellos besonders hoch einzustufen ist, hat der vertragliche Hinweis auf *periculo communi utendum dare* wohl den Zweck einer Haftungserweiterung: Die Entleiher sollen insofern über *custodia* hinaus auch für *casus* und *vis maior* einstehen, damit dem Kommodanten unter allen Umständen der Wert der verliehenen Objekte erhalten bleibt[27]. Allerdings könnten die Worte *communi periculo* dennoch missverständlich erscheinen, wie auch die Überlegungen von *Antje Steiner* zeigen: Um die von Afrikan vertretene Haftung *pro cuiusque parte* zu erklären, sei die Wendung „bei lebensnaher Betrachtung" so zu verstehen, dass alle *contubernales*, also Verleiher und Entleiher gemeinsam, das Verlustrisiko tragen sollten, weshalb die Kommodatare nur *pro parte*, nicht *in totum* für

22 S. Ner. (3 *membr*.) D. 19.1.31 pr. (*actiones periculo tuo tibi praestare debebo*).

23 Darauf nimmt die überwiegende Zahl dieser Belege Bezug: Vgl. etwa Ulp. D. 15.4.1.1 (*negotium gere periculo meo*); Ulp. D. 17.1.12.13 (*et „periculo meo crede" dicat*); Marcell. D. 46.1.24 (*peto des ei nummos fide et periculo meo*); Ulp. D. 16.3.1.14 (*periculo tuo apud eum deponam*); Paul. D. 17.1.45.7 (*stipulatus sum periculo tuo*); Ulp. D. 13.6.7 pr. (*periculo suo conveniri alterum*) oder Ulp. D. 17.1.6.6 (*faenerare periculo suo*).

24 So v.a. Ulp. D. 9.2.27.29 (*non periculo suo se facere*) bzw. Lab. D. 19.2.60.6 (*non recipere suo periculo*).

25 *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3999; *ders*. 2012 (Fn. 3) 41 f. u. Fn. 222-224.

26 *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3995 u. Fn. 34; 4000; *ders*. 2012 (Fn. 3) 416: Die Idee, dass Afrikan selbst die Wendung *periculo communi* für missverständlich ansah und deshalb die Fallvariante benötigt habe, um seine eigene Wortwahl zu verdeutlichen, trifft zudem auf den Einwand, dass sich der Hochklassiker dann im ersten Satz wohl einer anderen, nämlich eindeutigen Formulierung bedient hätte. Anders verhält es sich hingegen, wenn diese Worte „als Klausel" von den Vertragsparteien selbst stammen.

27 Von Interesse erscheinen in diesem Zusammenhang die juristischen Überlegungen bei (Pomp.-)Ulp. (4 *ad ed*.) D. 2.14.7.15; Ulp. (30 *ad ed*.) D. 16.3.1.35 *init*. und Ner. (7 *membr*.) D. 17.1.39, ob derartige Klauseln beim *depositum* bzw. *mandatum* (angesichts der Interessenlage) überhaupt zulässig sind; vgl. auch den Hinweis bei *Honsell/Mayer-Maly/Selb* 1987 (Fn. 4) 302 u. Fn. 10. Beim *commodatum* dürften sich dieses Problem – und auch jenes des Umfangs der vereinbarten Risikoübernahme – hingegen gar nicht gestellt haben.

den Schaden einzustehen hätten[28]. In diese Richtung könnten die mittels *actio commodati directa* in Anspruch genommenen Entleiher durchaus argumentiert haben, doch ist Afrikan offensichtlich anderer Ansicht. Zwar hatten wohl auch der Verleiher und dessen Sklave Zugang zum Leihgut im Mannschaftszelt, doch seien die *vasa* eben *communi periculo* den Kommodataren „ausgehändigt" worden (arg. *utenda dedi*), weshalb sich die Klausel nur auf letztere bezieht. Das verdeutlicht dann m.E. auch die Fallvariante (*rem periculo tuo utenduam commodare*), wo sich das Risiko ebenfalls allein auf den Vertragspartner bezieht.

2.3 „*Constat*" und das *ius controversum*

Der vorstehende Interpretationsansatz könnte auch eine Erklärung für Afrikans selbstbewusstes *constat* bieten, das der älteren Lehre angesichts des anschließenden *pro cuiusque parte* äußerst verdächtig erschien[29] und bis heute die Diskussion zur Stelle belebt: Denn warum sollte die anteilsmäßige Haftung der Entleiher „feststehen", wenn aufgrund einer bei Ulp. (28 *ad ed.*) D. 13.6.15.5 überlieferten Celsusentscheidung diesbezüglich doch eine Juristenkontroverse naheliegt[30]:

> Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus filius scribit libro sexto digestorum quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur. et ait duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. usum autem balinei quidem vel porticus vel campi uniuscuiusque in solidum esse (neque enim minus me uti, quod et alius uteretur): verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam. sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur et, si alter conventus praestiterit, liberabit alterum et ambobus competit furti actio, ...

Denn aus der Sicht von Celsus stellt sich die Frage (arg. *quaeri*), ob man zur Gänze oder *pro parte* hafte, wenn ein Wagen an mehrere verliehen wurde, was „an sich" schon für *ius controversum* sprechen dürfte[31]. Außerdem vertritt er selbst die Auffassung, dass die Kommodatare in einem solchen Fall *in solidum* einzustehen haben, weshalb jedem von ihnen – freilich elektiv (Pomp. D. 13.6.6) – die Aktivlegitimation zur *actio furti* zukomme. Da aber – wie ausgeführt – der Entscheidung Afrikans eine besondere Abrede

28 *Steiner* 2009 (Fn. 10) 241 u. Fn. 874. Denn der Verleiher sei „vom *usus* nicht ausgeschlossen" und komme „ebenso mit den Gefäßen in Berührung … wie die *contubernales*", mit denen er ja das Mannschaftszelt teile.

29 Eine Interpolation nimmt – um ein Beispiel zu nennen – *Lenel* 1931 (Fn. 15) 46 u. Fn. 3 an; vgl. dazu *Parenti* 2012 (Fn. 3) 409 u. Fn. 202-204 (mit weiteren Hinweisen); 411 u. Fn. 211; an ein Glossem denkt *E. Levy*, Die Konkurrenz der Aktionen und Personen I, Berlin 1918, 215 u. Fn. 1. Anders freilich *Schmieder* 2007 (Fn. 10) 180 Fn. 749 bzw. *Parenti* 2012 (Fn. 3) 412 u. Fn. 214f., die das *constat* der Afrikanentscheidung inhaltlich vom folgenden *pro cuiusque parte* trennen.

30 Zum Beleg zuletzt *Schmieder* 2007 (Fn. 10) 174-180; *Steiner* 2009 (Fn. 10) 239f.; *Parenti* 2012 (Fn. 3) 374-382. Vgl. auch ergänzend Pomp. (5 *ad Sab.*) D. 13.6.6 und Ulp. (28 *ad ed.*) D. 13.6.7 pr.

31 Ferner das *sed esse verius* im Schlussteil des Belegs. Für *ius controversum* auch *Parenti* 2012 (Fn. 3) 550 u. Fn. 29, freilich unter Einschluss von D. 13.6.21.1.

zugrundeliegt, könnte genau dieser Umstand seine von Celsus abweichende Stellungnahme erklären. Man hat also zu überlegen, ob die vertragliche Gefahrenübernahme das *constat* zu rechtfertigen vermag. Auch D. 13.6.15.5 bietet hierfür einen wichtigen Anhalt, was nahelegt, dass sich Afrikans Quästionenstelle auf Celsus' Argumentationsgang bezieht.

Denn Celsus stellt eingangs außer Streit, dass Miteigentümern ihr Objekt selbstverständlich *pro parte* zukomme[32]; bei einem von mehreren zum Privatgebrauch entliehenen Gegenstand verhalte es sich hingegen anders, weil die vertragskonforme Sorgfalt nicht teilbar sei, sondern das Leihobjekt insgesamt betreffe: Deshalb habe jeder Kommodatar *in solidum* einzustehen. Wenn aber die Entleiher im Afrikanfall zusätzlich das Risiko eines zufälligen Sachuntergangs „gemeinsam" übernehmen, dann stehen sie sozusagen Miteigentümern gleich[33], die – insoweit unstreitig – jeglichen Schaden *pro parte* zu tragen haben.

2.4 *Furti agere posse*: Zur Funktion der Fallvariante

Damit stellt sich als weitere Frage, welche Auswirkung eine derartige juristische Einschätzung auf die Aktivlegitimation zur *actio furti* haben könnte: Im Ausgangsfall betont Afrikan, dass den Parteien unter- und gegeneinander einerseits die Vertragsklage sowie andererseits die Noxalklagen zustehen, was angesichts des Sachverlusts *apud hostes* und der Rückführung des Überläufers *iure postliminii* zum *dominus* durchaus Aussagewert hat. Allerdings könnte dabei das von der Vertragsklage losgelöste *sed et* des Folgesatzes ebenso von Interesse erscheinen wie der Umstand, dass – anders als in vergleichbaren Texten[34] – auf die erforderliche Solvenz der Kommodatare nicht Bezug genommen wird. Das ist m.E. keine notwendige Folge des hier vorliegenden noxalen Kontextes: Vielmehr lässt sich beides im Sinn von Gai inst. 3.203 wohl darauf zurückführen, dass ein Verleiher – selbst wenn ein außenstehender Dritter die Objekte gestohlen hätte – mangels „Interesses" gar nicht zur *actio furti* legitimiert ist, wenn das Untergangsrisiko auf Seiten des Entleihers liegt[35]:

> Furti autem actio ei conpetit, cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter conpetit, quam si eius intersit rem non perire.

Für diese Überlegung spricht des Weiteren, dass in der Fallvariante bloß noch festgehalten wird, das bloße Delikt des Sklaven berechtige denjenigen zur *actio furti*, der *periculo suo* entliehen hat: Hier fehlt also jeglicher Hinweis auf die Klageerhebung des Verleihers,

32 Zum „tastende(n)" Argumentationsgang, bei dem es sich „um die verkürzte Wiedergabe früherer Ansichten" handeln dürfte, s. *Steiner* 2009 (Fn. 10) 239.

33 In eine ähnliche Richtung geht eine Julianentscheidung, die uns Ulp. (31 *ad ed.*) D.17.1.6.6 überliefert: Soll ein *procurator „periculo suo"* Geld des Mandanten nehmen und als Geschäftsdarlehen vergeben, wobei er dem Auftraggeber in weiterer Folge – unabhängig von einer konkret erzielten (höheren) Verzinsung – nur den vorher festgelegten, fixen Zinssatz auszuhändigen braucht, so hat man den Geldempfang des *procurator* als *pecunia credita* anzusehen, womit also ebenfalls der Eigentumserwerb bei Vertragsabschluss (hier aufgrund einer Mandatsklausel) angenommen wird.

34 Neben D. 47.2.51.1 (dazu sofort im Text) auch Gai inst. 3.205f. bzw. Mod. coll. 10.2.6 und indirekt wohl Afr. D. 13.6.21 pr. sowie Ulp. D. 47.2.14.16; vgl. ferner Ulp. D. 47.2.12 pr.; 14.17 *i.f.*; 52.9.

35 S. ferner I. 4.1.13, aber auch die justinianischen Neuerungen gemäß I. 4.1.16.

obwohl Paul. (39 *ad ed.*) D. 47.2.51.1 unter Berufung auf Sabinus für Leihverträge (ohne Zusatzklausel) gerade diesen Zusammenhang hervorhebt[36]:

> Si servus commodatoris rem subripuerit et solvendo sit is cui subreptum est, Sabinus ait posse et commodati agi cum eo et contra dominum furti servi nomine: sed si pecuniam, quam dominus exegit, reddat, evanescere furti actionem: idem et si remittat commodati actionem.

Afrikans Fallvariante hätte demnach den Sinn, im Gesamtkontext klarzustellen, dass Entleiher, die einer solchen *periculum*-Klausel zustimmen, im Gegenzug – ohne Einschränkung – zur *actio furti* aktivlegitimiert sind, weil das Interesse am Leihgut während der Vertragsdauer ihnen allein zuzuordnen ist[37]. Insofern käme dem Beleg auch generelle Bedeutung für die Lehre vom *commodatum* zu.

3. Folgerungen für das prozessuale Vorgehen *servi nomine*

Klarheit bringt der hier vertretene Interpretationsansatz zudem für das anstehende Noxalverfahren, wobei sich diesbezüglich erneut zeigt, dass Afrikans Quästionensstelle eine wegweisende Entscheidung von Celsus berücksichtigt: Denn das grundsätzliche Problem besteht hier darin, dass mehrere Personen (*contubernales*) zur Deliktsklage aktivlegitimiert sind (arg. *agere possunt*), der diebische Sklave aber nur einmal mittels *noxae deditio* ausgeliefert werden kann. Sollte sich das Vergehen allerdings auf eine *res communis* beziehen, findet sich bei Ulp. (18 *ad ed.*) D. 9.2.27.2 für den Fall, dass ein Miteigentümer allein die Noxalklage erhebt[38], ein entsprechender Lösungsansatz:

> Item si servus communis meus et tuus sit occisus a servo Titii, Celsus scribit alterum ex dominis agentem aut litis aestimationem consecuturum pro parte aut noxae dedi ei in solidum oportere, quia haec res divisionem non recipit.

Nach Celsus kann also jeder einzelne *socius* mittels *actio legis Aquiliae noxalis* vom Gewalthaber seinen ideellen Anteil am Höchstwert des getöteten *servus communis* einfordern[39], doch darf das dem Beklagten keinesfalls die Befugnis nehmen, den unfreien Täter auszuliefern. Vielmehr entlastet der unteilbare Akt der *noxae deditio* den beklagten

36 Vgl. dazu *Buckland* 1908 (Fn. 16), 123f.; *Knütel* 1983 (Fn. 12) 379f.; in ähnlichem Sinn auch (Cels.-) Ulp. D. 13.6.7 pr.

37 Damit erübrigt sich für D. 13.6.21.1 zugleich die Frage, ob man bei *custodia* während der gesamten klassischen Zeit von einem objektiven Haftungsmaßstab auszugehen hat, wie das etwa *Parenti* 2007 (Fn. 3) 3981f. u. Fn. 1 (mit umfassenden Literaturhinweisen) vertritt, oder ob man das eher bezweifelt; vgl. etwa den *culpa*-Hinweis in Ulp. D. 47.2.14.12, der auch *quorum periculo* (14.16 *h.t.*) betrifft. S. zur Frage auch *F.-St. Meissel*, Zur Haftung für Furtum beim römischen Leihevertrag, JAP 4 (1993/94), 212ff., 213f.

38 Natürlich ist es ebenfalls möglich, dass die *socii* gemeinsam klagen; dazu Paul. (22 *ad ed.*) D. 9.4.19 pr. *init.*: *Si in re communi mea et tua damnum nobis dederit Titii servus, si cum eo agemus, erit noxali Aquiliae actioni locus, ne damnatus in solidum singulis noxae dedere cogatur. sed potest dici, quasi unius damnum sit et una obligatio, aut utrisque pecuniam sufferendam aut officio iudicis simul utrisque noxae dedendum*: … .

39 Vgl. dazu auch Ulp. D. 47.2.45; 46.5.

dominus allen Klageberechtigten gegenüber[40], wie bei Gai. (7 *ad ed. prov.*) D. 9.4.20 anhand einer ähnlichen Fallkonstellation – ebenfalls unter Bezugnahme auf die Regel *noxa caput sequitur*[41] – belegt ist:

> Qui ex pluribus noxis diversis temporibus experitur, ex una noxia servi dominium nanctus nullam amplius actionem habet adversus eum, qui dominus fuerat, cum actio noxalis caput sequatur: at si maluit dominus priori iudicio litis aestimationem sufferre, vel eidem vel alii ex alio maleficio agenti nihilo minus tenetur.

Mit anderen Worten wird der Erstkläger zum neuen Gewalthaber[42], doch bleibt der Anspruch der anderen Tatopfer selbstverständlich aufrecht, da ihnen der ausgelieferte Sklave ja nicht mit-übereignet wurde. Ein Ausgleich unter den *contubernales* kann – zur Vermeidung einer Noxalklagenkette – nur im Innenverhältnis erfolgen; in vergleichbarem Kontext verweist Paul. (22 *ad ed.*) D. 9.4.19 pr. *i.f.*[43] auf ein Vorgehen mittels *actio communi dividundo*, um den ausgelieferten Sklaven (nun allenfalls) ins Miteigentum der *socii* zu übertragen:

> … sed et si alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit et ob id ab utroque dominus sit absolutus, recte dicitur eum, cui noxae deditus sit, alteri teneri communi dividundo iudicio, ut communicet servum noxae sibi deditum, cum ob rem communem aliquid ad socium pervenerit.

Ob Afrikan in D. 13.6.21.1 gleichfalls die *actio communi dividundo* in Betracht gezogen hätte oder den Teilungsanspruch der anderen Tatopfer etwa im Wege von *actiones in factum* bejaht wollte, muss an dieser Stelle – mangels expliziter Quellenzeugnisse – allerdings offen bleiben. Zusammenfassend ergibt sich m.E. jedoch, dass der Hochklassiker aufgrund der *communi periculo utendum dare*-Klausel und unter gleichzeitiger Bezugnahme auf zeitgenössische Entscheidungen – vor allem von Celsus[44], aber auch von Julian[45] sowie der von Gaius referierten Rechtslage[46] – die *contubernales* als *socii* ansieht und daher hinsichtlich der verlorengegangenen *vasa* auf die Rechtslage beim Miteigentum verweist. Damit gelingt es ihm, die anspruchsvollen Fragen rechtlicher und prozessualer Natur, die ein komplexer Fall der Praxis mit sich bringt, einer adäquaten Lösung zuzuführen.

40 Zur Möglichkeit einer paralleler Klageneinbringung Ulp. D. 9.4.14 pr.

41 S. oben bei Fn. 15.

42 Vgl. dazu auch *G.L. Falchi*, Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali, Milano 1976, 53f.

43 Zum ersten Teil der Paulusentscheidung oben Fn. 38.

44 S. oben bei Fn. 30; Fn. 36 und Fn. 38.

45 S. oben Fn. 33.

46 S. oben im Text (bei Fn. 41).

Abstract

In Afr. D. 13.6.21.1 the expression *vasa utenda periculo communi dedi* means that the parties to *commodatum* have added a pact to the contract. The borrowers are then not only liable for *dolus*, *culpa* and *custodia* (safe-keeping), but bear the risk of *vis maior* too. Because of this contractual provision, African assumes that the legal situation of the borrowers is similar to that of co-owners of a *res communis*. This is why the borrowers are liable *pro parte*, when the borrowed objects have been stolen by the lender's slave. On the other hand (and according to Cels.-Ulp. D. 9.2.27.2), each of the borrowers is allowed to sue the *dominus* by an *actio furti noxalis*. If the lender decides to escape his liability by surrendering the offender, the slave has to be shared among the *socii*; for this reason the other borrowers will probably be entitled to an *actio communi dividundo* or a similar *actio in factum* against the plaintiff.

LATINO E ALTRE LINGUE NEL TARDO ANTICO: QUALCHE CONSIDERAZIONE SULLE "PIAE CAUSAE"

Leo Peppe*

1. Nel corso della preparazione dell'intervento richiestomi sul tema "Concretezza e astrattezza nella lingua e nel diritto di Roma" nel quadro del recente *17th Colloquium on Latin Linguistics*[1], tra le tante ovvie tematiche che in quella sede ho sfiorato ma non ho potuto trattare per ragioni di tempo, mi è sembrato che potesse esservi l'attenzione ai cambiamenti linguistici del tardo antico e in particolare a quei cambiamenti che discendono dai rapporti tra civiltà romana ed altre culture, comprese quelle cd. barbare: un tema molto ampio, per la cui letteratura generale rinvio all'aggiornata bibliografia raccolta da Rosanna Sornicola nel suo recente libro del 2012[2]. Ma in realtà, anche quando un titolo appare assai promettente in chiave generale, l'interesse primario o esclusivo cade sulla relazione del tutto privilegiata tra latino e greco; ad es., un recentissimo convegno napoletano[3] aveva come titolo "Modelli di un multiculturalismo giuridico: il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento": un titolo che poteva far pensare ad un'apertura verso lingue diverse dal greco, ma poi le singole relazioni hanno in gran parte riguardato aspetti specifici della relazione greco/latino, mentre poche altre hanno avuto per oggetto temi medievali o tecnico-linguistici del bilinguismo.

Questa preferenza è così ovvia che non ha bisogno di spiegazioni: la relazione greco/latino è talmente importante da essere assorbente, dalle origini di Roma a Giustiniano; per l'età giustinianea ha scritto Fausto Goria: "*lingua Romana* o *Romanorum* è quella latina, contrapposta a quella greca"[4].

1 Roma 20-25 maggio 2013. L'oggetto di queste pagine intende anche rendere omaggio alla particolare attenzione che Laurens Winkel ha sempre avuto per gli aspetti linguistici e definitori del latino giuridico.

2 Sornicola "Bilinguismo e diglossia dei territori bizantini e longobardi del mezzogiorno. Le testimonianze dei documenti del IX e X secolo" (2012) Quad. 59 *Accad. Pontaniana* 89ss.

3 Napoli 23-24 maggio 2013.

4 Goria "Romani, cittadinanza ed estensione della legislazione imperiale nelle costituzioni di Giustiniano" 1984 *La nozione di "Romano" tra cittadinanza e universalità* (*Da Roma alla terza Roma* II) 277ss.

* Professor ordinario di Diritto romano, Università Roma Tre.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 677-683

Ma anche altre relazioni linguistiche sono state oggetto di studi approfonditi, privilegiandosi di volta in volta ciò che il contesto cronologico portava a privilegiare: le lingue italiche prima, quelle mediorientali nella massima espansione dell'impero romano (si pensi al *Libro siro-romano di diritto*). Vi sono poi le notizie sparse, che potrebbero aprire squarci di riflessione, come ad es. il ruolo di interprete ed ambasciatore tra Romani e Celti affidato da Cesare a Gaio Valerio Procillo o Troucillo[5], celta romanizzato di seconda generazione.

Ciò premesso, mi muoverò anch'io nel *main stream* della relazione latino/greco, con alcune brevi riflessioni sulla nascita di una nuova terminologia giuridica romana sul finire del tardo antico.

2. Il mio punto di partenza è rappresentato da quella varia fenomenologia che nasce nel tardo antico in ambito cristiano per sopperire alle necessità di monaci, pellegrini, orfani, bambini, anziani: è una fenomenologia abbastanza ben distinta da quella dei veri e propri edifici di culto, le *ecclesiae*, e ricorrente nelle fonti prevalentemente sotto forma di elenchi puntuali di termini che sono prestiti dal greco, come ad es. in una costituzione di Giustiniano in materia di prescrizione di azioni; si tratta di C.I. 1.2.23 pr.: Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.:

> Ut inter divinum publicumque ius et privata commoda competens discretio sit, sancimus, si quis aliquam reliquerit hereditatem vel legatum vel fideicommissum vel donationis titulo aliquid dederit vel vendiderit sive sacrosanctis ecclesiis sive venerabilibus xenonibus vel ptochiis vel monasteriis masculorum vel virginum vel orphanotrophiis vel brephotrophiis vel gerontocomiis nec non iuri civitatum, relictorum vel donatorum vel venditorum eis sit longaeva exactio nulla temporis solita praescriptione coartanda (a. 530)[6].

Si tratta di una materia che è stata studiata approfonditamente, come parte integrante di quello che è stato chiamato *ius singulare* ecclesiastico e che, iniziato con Costantino – che sarà sempre il punto di riferimento effettivo o comunque ideale della normazione successiva –, arriva alla sua sistemazione finale con Giustiniano nel contesto della prospettiva generale individuata nelle *Institutiones* giustinianee nel 533 come soluzioni adottate *religionis vel pietatis intuitu*[7]: sulle tappe complesse di questo percorso rinvio al più recente lavoro di Rosalba Arcuri[8].

Qui vorrei occuparmi di un aspetto preliminare di questa materia: la terminologia usata nelle fonti. Infatti in età giustinianea nascerà una nuova terminologia latina a cogliere in espressioni unificanti queste varie realtà per le quali il latino ha utilizzato i termini greci: il sintagma *piae causae*. Esso ricorre più volte nelle fonti a partire dal 528[9],

5 Caes. *B. g.* 1.19.3 e 1.47.4.

6 Su C.I. 1.2.23 pr. e la tematica della prescrizione vd. spec. Kaiser "Zur hundertjährigen Verjährung zugunsten der römischen Kirche" 1999 *ZSS*, Kan.-Abt., 62ss.

7 I. 3.27.7.

8 Arcuri "I beni della Chiesa nel VI sec. D.C. tra economia, diritto e religione" 2012 *Atti Accad. Pontaniana* n.s. 123ss., con completa bibliografia (in part. su Nov. 120.6.2 vd. anche Saccoccio *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare* [2008] 282ss.).

9 C.I 1.2.19, così Pugliese "Assistenza all'infanzia nel Principato e 'piae causae' del diritto romano cristiano" 1984 *Sodalitas. Studi Guarino* VII 3185. Sulle *piae causae*, da ult., in termini generali Peppe "Il problema delle persone giuridiche in diritto romano" 2010 *Studi Martini* III 78.

ed è destinato a grande fortuna successiva, tanto da essere un cardine del successivo diritto canonico[10] e del modello della nozione di "fondazione". La prima ricorrenza in latino[11] è in C.I. 1.2.19: Imperator Justinianus:

> Illud, quod ex veteribus legibus licet obscure positis a quibusdam attemptabatur, ut donationes super piis causis factae, licet minus in actis intimatae sint, tamen valeant, certo et dilucido iure taxamus, ut in aliis quidem casibus vetera iura super intimandis donationibus intacta maneant: si quis vero donationes usque ad quingentos solidos in quibuscumque rebus fecerit vel in sanctam ecclesiam vel in xenodochium vel in nosocomium vel in orphanotrophium vel in ptochotrophium vel in ipsos pauperes vel in quamcumque civitatem, istae donationes rell. (a. 528)[12].

Se si pongono a confronto C.I. 1.2.19 e C.I. 1.2.23 pr. emerge l'ampiezza della gamma di soggetti ai quali le attribuzioni patrimoniali e le *piae causae* in particolare sono imputabili, tra i quali anche le *civitates*; a queste ultime – in sede di trattazione delle *piae causae* – nella manualistica e in letteratura in genere non si accenna, così come – ancora meno – si ricorda la possibilità che i beni relativi possano essere attribuiti ad un privato, con l'eccezione di Talamanca[13].

Delle *piae causae* Orestano non arriva ad occuparsi nel suo volume sul problema delle persone giuridiche, anche se si riprometteva di farlo[14]: si tratta certamente di un argomento di grande importanza, sul quale esiste una notevole letteratura, a partire dal problema di fondo della loro natura, se il sintagma individua il patrimonio destinato o semplicemente lo scopo pio (caritatevole) che qualifica l'attribuzione di un bene[15].

Ma in questa sede desidero evidenziare un solo punto, che mi sembra interessante nella nostra prospettiva: oltre a *piae causae* è dato trovare nelle fonti *venerabiles domus*

10 Mortazo *Tractatus de causis piis*, I, I (1686) col. I, n. 6: "Causa pia est quando aliquid conceditur intuitu Dei ad cultum divinum, vel ad alia opera misericordiae ob animae bonum".

11 In greco in C.I. 1.3.45 (a. 530): ευσεβεις αιτιαι. Ma, come giustamente osserva Pugliese (n 9) 3185, nelle fonti si fa frequentemente riferimento piuttosto alle specifiche istituzioni.

12 Sul regime della registrazione *apud acta* delle donazioni di cui in C.I. 1.2.19 vd. Barone Adesi "Il sistema giustinianeo delle proprietà ecclesiastiche" 1988 *La proprietà e le proprietà. Pontignano, 30 sett.-3 ott. 1985* (a cura di Cortese) 89.

13 Talamanca *Istituzioni di diritto romano* (1990) 184; ricorda questa circostanza anche Pugliese (n 9) 3188. Sul privato vd. Hagemann *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischem Recht* (1953) 29ss.; Id. "Die rechtliche Stellung der christlichen Wohltätigkeits Anstalten" 1956 *RIDA* 276ss.

14 Orestano *Il "problema delle persone giuridiche" in diritto romano* (1968) 196. Si tratta altresì di argomenti già percorsi dall'A. in altre sedi (vd. *Presentazione* al libro), in particolare, per quanto qui interessa, in Orestano "Beni dei monaci e dei monasteri nella legislazione giustinianea" 1956 *Studi De Francisci* III 561ss. (=in Id. *Scritti* III (1998) 1243ss.).

15 Ancora fondamentale al proposito Cugia "Il termine 'piae causae', contributo alla terminologia delle persone giuridiche" 1916 *Studi Fadda* V 227ss., per il quale la *pietas* che spinge alla beneficenza è anche l'istituzione stessa che riceve. Lucida rappresentazione della duplice interpretazione data in dottrina del sintagma *piae causae* in Volterra *Istituzioni di diritto romano* (1961) 122s.; Blanch Nougués "La responsabilidad de los administradores de las piae causae en el derecho romano justinianeo" 2002 *RIDA* 129 n 1. Per la definizione più corrente di *piae causae* come "beni lasciati o donati da cristiani abbienti … col vincolo … di osservare la destinazione all'assistenza o beneficenza stabilita" prima a singole chiese o soprattutto a persone fisiche (*in primis* i vescovi) poi alle stesse istituzioni, v. Pugliese *Istituzioni di diritto romano*[3] (1991) 836.

e del resto – come, ad es., in C.I. 1.2.23 pr. precedentemente citato – spesso *venerabilis* viene usato in relazione con quelle che certamente sono *piae causae*. Zimmermann[16] afferma che queste istituzioni caritatevoli sono "generally called venerabiles domus" ed è vero che per la loro importanza le *piae causae* sono le *venerabiles domus* per eccellenza, ma in realtà, come risulta dall'elencazione fatta da Alessandro Bucci[17] e come aveva già rilevato Giorgio Barone Adesi in un Convegno dell'*Accademia Costantiniana* di vent'anni fa[18], la nozione di *domus venerabilis* è più ampia di quella di *piae causae*, ricomprendendo *monasteri*, *oratorii* e *piae causae*. Inoltre, secondo Bucci, tra le *piae causae* devono essere ricompresi i *consortia*, parola che indicherebbe genericamente tutte quelle istituzioni di beneficenza che non rientravano tra quelle esplicitamente su ricordate; su quest'ultimo punto è possibile manifestare qualche dubbio e già Ferrini[19] qualificava come "singolare" l'uso di *consortium* in questo contesto. Infatti nel primo libro del codice giustinianeo *consortium* appare sempre usato in riferimento a collettività di persone[20] e non a quelle che poi saranno le *piae causae*, un uso consolidato da tempo e precedente all'età giustinianea; se invece si prende in considerazione C.I. 1.2.22 pr. del 529, qui ricorre *consortium* in relazione con quelle che sono le *piae causae*, tant'è vero che ricorre il sintagma *pia consortia*:

> C.I. 1.2.22 pr: Imperator Justinianus: Sancimus res ad venerabiles ecclesias vel xenones vel monasteria vel ptochotrophia vel brephotrophia vel orphanotrophia vel gerontocomia vel si quid aliud tale consortium descendentes ex qualicumque curiali liberalitate sive inter vivos sive mortis causa sive in ultimis voluntatibus habita lucrativorum inscriptionibus liberas immunesque esse: lege scilicet, quae super huiusmodi inscriptionibus posita est, in aliis quidem personis suum robur obtinente, in parte autem ecclesiastica vel aliarum domuum, quae piis consortiis deputatae sunt, suum vigorem pietatis intuitu mitigante. Cur enim non faciamus discrimen inter res divinas et humanas, et quare non competens praerogativa caelesti favori conservetur?

La circostanza che in questa costituzione sono *venerabiles* anche le *ecclesiae* (e *non sacrosanctae*, come in C.I. 1.2.23 pr. su citato[21]) può porsi come indizio di una terminologia ancora oscillante ed incerta e destinata a rimanerlo ancora, se si considerano due importanti testimonianze successive: I. 3.27.3 (ove si legge "sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis") e la fondamentale Novella 120 (Nov. 120.6.1) del 544, che comprende tra le *venerabiles domus* anche ed ancora le chiese; altrettanto potrebbe dirsi dell'inserimento dei *monasteria* tra le istituzioni caritatevoli sia in C.I. 1.2.22 pr. sia

16 Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 493 n 95.

17 A. Bucci *La vicenda giuridica dei beni ecclesiastici della Chiesa* (2012) 39.

18 Barone Adesi "Dal dibattito cristiano sulla destinazione dei beni economici alla configurazione in termini di persona delle *venerabiles domus* destinate *piis causis*" 1993 *Atti Accad. Rom. Costantiniana* IX 231ss.

19 Ferrini *Manuale di Pandette* (1904) 113 n. 1.

20 C.I. 1.1.4.3: *consortio clericorum* (a. 452); 1.3.9: *ad diaconissarum consortium* (a. 390=C.Th. 16.2.27); 1.3.19: *consortio sororiae* (a. 420); 1.3.27: *ad consortium ... clericorum* (a. 466); 1.3.36.1: *clericorum consortiis* (a. 484); 1.7.3: *consortio omnium* (a. 391).

21 A dimostrazione ulteriore della variabilità degli aggettivi attribuiti alla parola *ecclesia*, appare esemplare C.I. 1.2.14 (a. 470): *religiosa*, *venerabilis*, *sacrosancta et religiosa*.

in C.I. 1.2.23 pr. Ma pare indubitabile che in C.I. 1.2.22 pr. *consortia* sia termine generale che si contrappone ad *ecclesia* e che le relative case si riferiscono a due tipologie di soggetti diversi: "in parte autem ecclesiastica vel aliarum domuum, quae piis consortiis deputatae sunt, … ."

A questo punto mi sembra si possa concludere sulla coesistenza in età giustinianea di tre diverse espressioni, *venerabiles domus, piae causae e consortia* (anch'essi definiti *pia*), ad indicare e riassumere in un'unica espressione sostanzialmente la stessa fenomenologia socio-economica, le istituzioni di beneficienza, e la medesima prospettiva giuridica di fondo, una loro "personificazione".

Ma è indubitabile altresì che tali espressioni originano ciascuna in modo privilegiato da una particolare prospettiva; in ispecie:

(a) la *venerabilis domus* guarda all'istituzione in una prospettiva oggettiva, materiale[22], quella dell'edificio che l'accoglie, con un uso da una parte piuttosto generico e non del tutto specializzato, dall'altra invece correlato a situazioni particolari: esemplare il caso della *megale ecclesia* di Costantinopoli[23];
(b) la *pia causa* esprime la finalità (caritatevole) della istituzione/destinazione[24]: esso appare essere il sintagma più recente e specializzato e probabilmente perciò destinato alla maggior fortuna tecnico-giuridica;
(c) infine, l'uso eccezionale e tardo, rispetto all'uso tradizionale, di *consortium* in riferimento alle istituzioni caritatevoli e che per la sua storia precedente ed assai risalente (ricordo il gaiano "consortium ercto non cito") di insieme qualificato di persone appare guardare essenzialmente agli esseri umani che ne sono il fine e da quelle istituzioni ricevono assistenza: quindi l'istituzione si pone come un insieme di esseri umani considerati unitariamente in ragione di una loro specifica caratteristica (orfani, pellegrini, malati, etc.).

La spiegazione delle cause di questa sovrapposizione linguistica dovrebbe certamente essere ricercata nelle concrete vicende della legislazione e nelle differenti prospettive che l'hanno ispirata; ma ciò significherebbe ripercorrere due secoli di costituzioni imperiali, al termine dei quali solo emerge la vera novità rappresentata dalle *piae causae.* Qui mi limito a constatare come non mi sembra che tale sovrapposizione sia stata utilizzata nella tradizione degli studi come possibile strumento nell'analisi della tarda legislazione imperiale e quindi la sua presa in considerazione potrebbe essere forse di qualche aiuto per coloro che volessero riprendere *funditus* l'intera materia.

A fronte di queste oscillazioni linguistiche mi sembrerebbe comunque difficilmente accettabile concludere che le tre prospettive su indicate (materiale, finalistica ed associativa) possano essere unificate – anche solo a partire da un determinato momento –

22 Piuttosto che "topografica", come nella formulazione di Orestano (n 9 Beni) 590 (=1272).

23 Al proposito v. spec. De Micheli *La ΜΕΓΑΛΗ ΕΚΚΛΗΣΙΑ nel lessico e nel diritto di Giustiniano* (1990).

24 Buckland *A Text-Book of Roman Law*[3] riv. da Stein (1963) 178 n 3.

come i tre elementi "inscindibili" di un nuovo ente/persona (quasi come i tre "elementi" dello Stato moderno), destinato a superare e soppiantare i soggetti fisici[25].

3. Vorrei chiudere con un'ultima considerazione. Nelle fonti ora citate e delle quali si è cercato di individuare aspetti di novità o particolarità, è anche possibile rintracciare modalità espressive pienamente tradizionali della lingua latina, anche giuridica. Infatti una delle fonti su citate può essere il punto d'avvio per la considerazione di un altro possibile modo di superamento della necessità di individuazione dell'oggetto specificatamente e nominativamente. In C.I. 1.2.22 pr. su citata si legge infatti prima "quid aliud tale consortium "poi" in parte autem ecclesiastica vel aliarum domuum, quae piis consortiis deputatae sunt" e mi sembra si possa dire che *aliud* e *aliarum* abbiano la funzione di evitare pedisseque elencazioni in relazione alle classi *tale consortium e domus deputatae*, rinviando per la determinazione della loro estensione alla competenza linguistica e giuridica del lettore in un contesto piuttosto semplice.

Diverso e più complesso, ma sostanzialmente analogo, appare l'uso di *alius* in D. 18.3.6 pr. (Scaev. *l. 2 resp.*): "De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, ut ea lege uti venditor veli, fundos inemptos fore et id, quo arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum". Il testo è probabilmente interpolato[26], ma non per quanto qui interessa, *vel alio nomine*: in questo sintagma Scevola molto probabilmente non utilizza *nomen* come (altro tipo di) contratto o (di) diritto, ma semplicemente come denominazione. In altri termini, al giurista non interessa il nome, "ma solo la funzione come *pars pretii* dell'*arr(h)a* stabilita dalle parti", come scrive Julia Gokel[27]; in questo caso, la rinuncia a maggiore determinatezza tramite il rinvio a qualsiasi altra denominazione presuppone la competenza specifica del giurista ad individuare l'unicità della funzione di quanto voluto dalle parti. Da tutto ciò risulta evidente che si richiede una profonda capacità analitica e sistemica da parte dell'interprete[28].

In conclusione, è questo un piccolo esempio di come le tarde costituzioni imperiali conservino ancora moduli pragmatici in senso linguistico già propri del diritto classico.

25 È questa la conclusione di Barone Adesi (n 18), ove in fine (264) si legge: "le *venerabiles domu*s risultano, dunque, costituite da 3 elementi (topografico, antropomorfico e teleologico) inscindibili …", come risulterebbe da C.I. 1.3.55(57).

26 Gokel "'Arrae vel alio nomine', un responso di Quinto Cervidio Scevola tra considerazione filologica e dogmatica-sistematica" (2012) *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani*, *Atti del Seminario internazionale (Montepulciano 14-17 giugno 2011)* 634ss., spec. 657s.

27 Gokel (26) 658.

28 Considerazioni analoghe si possono fare per l'uso dell'aggettivo *ceterus*: ad es. *ceterae res* in Gai 2.54, oppure *ceterae res* in D. 44.7.35 pr. (Paul. l. 1 ad ed.): "In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum". Identico uso nel tardo antico, ad es., nel già citato I. 3.27.7 (sacrosanctis ecclesiis ceterisque venerabilibus locis).

Abstract

In late antiquity and during the age of Justinian, new and multiform phenomena arose to answer the needs of monks, pilgrims, orphans, children, and aged people. These were different from the *ecclesiae*, and were given different names. All these names have the function of representing different charitable institutions, but each of them originated in a different and specific point of view. In the sources one finds *venerabiles domus*, *piae causae* and occasionally *consortia*. The term *venerabiles domus* reflects the material outlook, *piae causae* the purpose, and *consortia* the corporeality of human beings. The real novelty (appearing in AD 528: C.I. 1.2.19) is *piae causae*, which will prevail over other names. The use of these names challenges the linguistic and juridical competence of the user (a way of reasoning typical of classical Roman law).

CODEX 7,72,6

Hansjörg Peter*

La réponse des empereurs Dioclétien et Maximien à un certain Agathemeros a la teneur suivante:

> C. 7,72,6
>
> Pro debito creditores addici sibi bona debitoris non iure postulant. unde si quidem debitoris tui ceteri creditores pignori res acceperunt, potiores eos quam te chirographarium creditorem haberi non ambigitur.
>
> 1. Quod si specialiter vel generaliter nemini probentur obligatae ac sine successore communis debitor vel heres eius decessit, non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione aequali portione pro rata debiti quantitate omnibus creditoribus consuli potest.
>
> * Impp. Diocletianus et Maximilianus AA. et CC. Agathemero

On peut en donner la traduction française suivante:

> Les créanciers demandent à tort que le patrimoine du débiteur leur soit attribué en contrepartie de sa dette. Par conséquent, si d'autres créanciers de ton débiteur ont reçu des biens à titre de gage, ils ont sans doute la priorité sur toi, car tu es seulement créancier en vertu d'une reconnaissance de dette écrite à la main.
>
> 1. Mais s'il est établi que les choses ne répondent[1] à personne, ni spécialement, ni généralement, et que le débiteur commun ou son héritier décède sans laisser de successeur, on peut aider tous les créanciers, non en leur permettant de revendiquer la propriété des choses, mais en vertu de la possession et de la vente du patrimoine à parts égales en proportion de la dette.

et la traduction allemande suivante:

> Die Gläubiger verlangen zu Unrecht, dass ihnen das Vermögen des Schuldners für seine Schuld zugesprochen werde. Wenn deshalb andere Gläubiger deines Schuldners Sachen

1 Ne sont mises en gage.

* Professeur de droit romain et de droit des poursuites et des faillites à l'Université de Lausanne.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 684-693

zu Pfand erhalten haben, so haben sie ohne Zweifel Vorrang vor dir, da du nur Gläubiger kraft einer handschriftlichen Schuldanerkennung bist.

1. Wenn aber erwiesen ist, dass die Sachen niemandem besonders oder allgemein verpflichtet[2] sind und der gemeinsame Schuldner oder sein Erbe ohne Nachfolger stirbt, so kann man allen Gläubigern helfen, und zwar nicht mit der Vindikation des Eigentums der Sachen, sondern kraft Besitzes und Verkaufs des Vermögens zu gleichen Teilen im Verhältnis zur Schuld.

En néerlandais[3] la traduction est:

Niet in overeenstemming met het recht verlangen de schuldeisers dat hun het vermogen van de schuldenaar naar verhouding van (het beloop van iedere afzonderlijke) schuld wordt toegewezen. Vandaar dat er niet aan getwijfeld wordt dat, als andere schuldeisers van uw schuldenaar zaken in pand hebben ontvangen, zij geacht worden een sterkere positie te hebben dan u als schuldeiser met (alleen) een handgeschreven schuldbekentenis.

1. Maar als bewezen wordt dat die zaken aan niemand tot speciale of generale zekerheid verbonden zijn en de gemeenschappelijke schuldenaar of diens erfgenaam zonder rechtsopvolger overleden is, kan niet met de revindicatie (gericht) op de eigendom van de (tot de boedel behorende) zaken, maar door beslag op de boedel alsmede door verkoop hulp geboden worden aan alle schuldeisers voor een gelijk gedeelte in evenredigheid tot het bedrag van de (ieder afzonderlijk) aangaande [*recte*: aangegane] schuld.

Le texte figure dans le Code de Justinien 7,72, consacré à la faillite et à la séparation des biens, la faillite étant la *venditio bonorum*, la séparation des biens permettant, quant à elle, aux créanciers d'un défunt de se satisfaire en priorité sur le patrimoine du défunt, en excluant l'héritier et les créanciers de celui-ci. Les droits modernes ont repris cette possibilité, le droit suisse par exemple à l'art. 594 du Code civil.

Le nom du destinataire de l'avis des deux empereurs, Agathemeros, apparaît encore une fois au Code de Justinien, soit au C. 9,47,15.

Ce nom, Agathemer ou Agathemeros, est à l'évidence grec. Il signifie "Le bon jour" ou "Celui qui a un bon jour"[4]. Il semble avoir été assez répandu à Rome pendant les premiers siècles après Jésus-Christ[5].

Dans le C. 9,47,15, les mêmes empereurs Dioclétien et Maximien expliquent à Agathemeros qu'il ne convient pas que le préfet d'une province révoque la peine – une amende – qu'il a prononcée dans sa décision.

Est-ce que les deux Agathemeros sont identiques? On peut le supposer, mais on ne peut pas l'établir.

Le C. 7,72,6 concerne l'exécution forcée, en particulier la position des créanciers face à la faillite de leur débiteur. Cependant, en précisant la position des créanciers,

2 Verpfändet.

3 Corpus Iuris Civilis, Tekst en Vertaling, Tome VIII, Codex Justinianus 4-8, traduit par J.E. Spruit/J.A. Ankum/C.H. Bezemer/J.M.J. Chorus/R. Forrez/W.E.M. Klostermann/E.H. Pool/E. Slob/L.C. Winkel, sous la direction de J.E. Spruit/J.M.J. Chorus/L. de Light, Amsterdam 2007.

4 ἀγαθός signifie bon, ἡμέρα signifie le jour.

5 Heikki Solin, Die griechischen Personennamen in Rom, vol. 1, 2e édition, Berlin 2003, p. 4 ss.

ce texte exprime des principes fondamentaux du droit privé et illustre parfaitement les notions de droit réel et de droit personnel. Toutefois, la doctrine, tant ancienne que récente, mentionne très rarement ce texte[6].

Le C. 7,72,6 comporte deux paragraphes, c'est-à-dire le *principium* et le paragraphe 1. Dans l'édition du Code de Paul Krüger[7], le texte n'est pas daté; le C. 7,72,5, des mêmes empereurs, date de 293 et le C. 7,72,7, également des mêmes empereurs, de 294.

Selon la *première phrase* du C. 7,72,6, pr., "les créanciers demandent à tort que le patrimoine du débiteur leur soit attribué en contrepartie de sa dette."

Les créanciers le demandent *non iure*, sans droit. Les créanciers demandent que le patrimoine leur soit attribué. Le verbe est *addicere*, ce qui signifie "attribuer quelque chose à quelqu'un, en particulier par jugement"[8]. Il est évident qu'on ne peut se faire attribuer un bien que si l'on a un droit sur celui-là[9]. Le créancier ordinaire n'a toutefois pas de droit sur un bien, encore moins sur le patrimoine entier, de son débiteur.

Entre le créancier et son débiteur, il y a l'obligation. Cette obligation est un lien de droit, en vertu duquel le débiteur doit effectuer une prestation en faveur du créancier[10]. Le débiteur doit donner, faire ou effectuer une prestation[11]. Il n'a pas accordé de droit sur ses biens à ses créanciers. Le créancier peut seulement exiger que quelque chose se fasse. Il ne peut pas prétendre à tel bien ou tel objet, car il n'a pas de droit réel[12]. Le simple créancier qui ouvrirait, en se fondant sur sa simple créance, action en justice contre son débiteur obtiendrait un jugement condamnant ce débiteur, en fonction de l'obligation, à donner, à faire ou à effectuer une prestation. Il n'obtiendrait pas un jugement constatant ou déclarant que tel objet appartient au créancier[13].

La "contrepartie" de la dette du débiteur, évoquée dans la première phrase de notre texte, n'est donc pas un droit du créancier sur le patrimoine du débiteur. La dette est, pour le débiteur, un devoir. Pour le créancier, en revanche, c'est le droit d'exiger, mais ce n'est

6 Simon Corcoran, New subscripts for old rescripts: the Vallicelliana fragments of Justinian Code Book VII, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, 126/2009, p. 401 (p. 407 ss), présente un manuscrit du 11e siècle dans lequel apparaît le début du *principium* de ce texte. Pour Max Kaser, Das römische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, 2e édition, Munich 1975, § 254 n. 6, le texte atteste que la saisie privée, sans autorisation officielle, est inadmissible.

7 9e édition, Berlin 1915.

8 Cf. notamment Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 9e édition, Jena 1907, à propos de ce verbe. Accurse précise: *ut sua sint statim*; selon l'édition du Code de Justinien avec les commentaires d'Accurse et d'Antoine Conte, Venise 1584, colonne 1812, note q.

9 Dionys de Godefroy, édition de François Modius/Simon van Leeuwen, Leipzig 1740, remarque avec raison, en note 42, que le texte vise ici l'attribution immédiate ("*statim*"). Une fois que la faillite aura été liquidée et les créanciers privilégiés couverts, les créanciers non privilégiés se partageront le solde.

10 Institutes de Justinien 3,13, pr.: *Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.

11 Cf. p. ex. Institutes de Justinien 4,6,1: *... per quas intendit adversarium ei dare aut dare facere oportere ... .*

12 Cf. notamment Gaius Institutes 2,194, et 2,204; Institutes de Justinien 4,6, pr.-2; Institutes de Justinien 4,6,15.

13 Cette évidence découle déjà des formules d'action de la procédure formulaire, par exemple de la formule de l'action de la vente et de la formule de l'action en revendication.

pas un droit réel. Cette première phrase est ainsi déjà une illustration parfaitement claire du droit matériel, des principes généraux du droit.

Le texte continue: "si d'autres créanciers de ton débiteur ont reçu des biens à titre de gage, ils ont sans doute la priorité sur toi, car tu as seulement une créance en vertu d'une reconnaissance de dette écrite à la main".

Cette *seconde phrase* du *principium* mentionne "ton débiteur" *debitoris tui*. Elle nous fournit un renseignement sur Agathemeros, le destinataire du texte. On peut en déduire que Agathemeros est créancier et, malheureusement pour lui, pas créancier gagiste, mais seulement créancier chirographaire. Si le texte latin se limitait à dire "*tui debitoris*", on pourrait éventuellement hésiter à ce sujet. Agathemeros pourrait ne pas être nécessairement créancier, mais le pronom "*tui*" pourrait être utilisé pour désigner un terme générique; "ton débiteur" serait "le débiteur" en général. Comme la phrase indique vers la fin que le destinataire du message, Agathemeros, est seulement créancier chirographaire, cette manière de voir paraît peu probable.

La phrase montre une autre évidence, soit qu'un débiteur peut avoir plusieurs créanciers. Une personne peut s'obliger autant de fois qu'elle veut, ses créanciers ne peuvent pas l'en empêcher[14]. Ulpien constate qu'il est permis à un débiteur d'aggraver la condition de son créancier en s'ajoutant un nouveau créancier[15]. Dans notre texte, le débiteur d'Agathemeros a encore, selon la première phrase, d'autres créanciers.

Le début de la *seconde phrase* du *principium* évoque les créanciers qui ont accepté des biens du débiteur à titre de gage: *pignori res acceperunt*. Ils ont reçu des choses en gage, le texte ne précisant pas s'il y a eu ou non un transfert de la possession. Même si le terme employé, *pignus*, désigne souvent le droit de gage résultant du transfert de la possession, tandis que hypothèque, *hypotheca,* désignerait le gage n'impliquant pas un tel transfert[16], ce n'est pas nécessairement toujours ainsi[17].

Quelle que soit la nature du droit de gage, l'important est ici, dans notre texte, qu'il y a un tel droit, ou plusieurs, et que les créanciers ont accepté des choses à titre de gage. Le texte illustre ainsi que l'on peut accepter, recevoir des choses d'autrui à différents titres. La possession se transfère en vertu de telle ou telle cause. Elle se transfère parce que les parties veulent transférer la propriété à l'acquéreur, elle peut aussi se transférer uniquement à titre d'usufruit ou de gage. La volonté des parties, ce qu'elles prévoient dans leur contrat, détermine ce que transfère l'aliénateur et ce que reçoit l'acquéreur[18]. Ainsi, notre texte rappelle une autre notion, fondamentale, du droit: la cause du transfert de la possession qui fonde le droit réel consécutif, l'acquéreur ne pouvant pas avoir davantage que ce qu'avait l'aliénateur[19].

14 Il convient cependant de réserver les obligations contractées en fraude des droits d'autres créanciers, dans la perspective de l'exécution forcée; les créanciers lésés peuvent alors, le cas échéant, ouvrir l'action paulienne, cf. D. 42,8,1,2 Ulpien.

15 D. 42,6,1,2 Ulpien.

16 D. 13,7,9,2 Ulpien.

17 D. 20,1,5,1 Marcien.

18 Cf. notamment D. 41,1,31, pr. Paul.

19 Cf. aussi D. 41,1,20, pr.-1 Ulpien, et D. 50,17,54 Ulpien.

Le destinataire du message, Agathemeros, est seulement créancier chirographaire. Le texte latin emploie le composé de deux mots grecs. Le créancier chirographaire est celui qui a seulement une reconnaissance de dette écrite[20], par exemple un papyrus, par opposition au créancier gagiste qui bénéficie d'un droit réel.

Ce créancier gagiste est "sans doute" plus fort que le créancier chirographaire, ainsi que le dit le texte. Le texte utilise le verbe *ambigere*: *non ambigitur*. Il n'y a pas d'ambiguïté, les choses sont claires. Il est donc évident, pour les auteurs du texte, que le créancier gagiste est plus fort, plus puissant, que le créancier chirographaire[21]. Le texte emploie ici le mot *potiores*, pluriel de *potior*. C'est exactement ce terme qui figure aussi dans les textes illustrant le principe de la priorité dans le temps des droits réels. Ainsi le C. 8,17(18),3 (4), une constitution de l'empereur Antonin, de l'an 213, dit: *... sicut prior es tempore, ita potior iure*.

Et la même expression figure dans le C. 8,17(18),8, des empereurs Dioclétien et Maximien, dont émane aussi notre texte – et qui illustre le même principe.

Les deux textes du C. 8,17(18) sont les références en ce qui concerne la priorité dans le temps des droits réels. Il est à la fois intéressant et significatif que le même adjectif apparaisse dans notre texte: le créancier gagiste est plus fort que le créancier qui n'a pas de droit de gage.

Ainsi, le destinataire de notre texte est créancier ordinaire, chirographaire. Les créanciers gagistes l'emportent sur lui, ont la priorité. Ils ont cette priorité en vertu de leur droit de gage et non en vertu d'une autre cause (cf. ci-dessous).

Le *paragraphe 1* du texte comporte une seule phrase, assez longue. Elle commence ainsi: "S'il est établi que les choses ne répondent à personne, ni spécialement, ni généralement …". Le sujet – les choses ou biens – n'apparaît pas, dans le texte original, en tant que substantif. Il est compris dans le participe du verbe *obligare*, *obligatae*, au féminin pluriel; il n'y a que *res*, au pluriel, du *principium* qui peut s'y rapporter.

Ces choses ou biens ne sont pas obligées, elles ne sont obligées à personne – *nemini*. Ces choses ne répondent donc à personne. Ce qui signifie que personne n'a un rapport particulier avec elles. De nos jours, on dirait qu'elles ne sont grevées en faveur de personne. "Obliger une chose" en faveur de quelqu'un est devenu une tournure rare. Il est plus courant de dire qu'une charge grève une chose. La même expression s'utilise en italien: *L'onere grava il bene*. En allemand, on dit en Suisse: *Ein Recht belastet eine Sache*.

Cette obligation peut être générale ou spéciale. Cela s'entend du droit de gage. Le texte nous dit que les choses ne sont *ni spécialement ni généralement* obligées, c'est-à-dire engagées[22]. Il n'y a donc pas de droit de gage général sur un ensemble de choses – le

20 Χεὶρ signifie la main, γράφω signifie écrire.

21 Dionys de Godefroy, cité ci-dessus n. 9, rappelle, dans sa note 44, que les créanciers hypothécaires sont préférés aux créanciers chirographaires. Notre texte est parfois cité comme référence attestant la priorité du créancier gagiste sur le créancier chirographaire: Max Kaser, Die Interessenberechnung bei der "Vindicatio pignoris", Iura 18/1967, p. 1 (p. 7 n. 19); María de los Angeles Soza Ried, El procedimiento concursal del derecho romano clasico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras, Revista de estudios histórico-jurídicos 20/1998, p. 13 n. 16.

22 Massimo Miglietta, Intorno al "Certum dicere" nell' "Edictum 'generale' de iniuriis", Labeo 48/2002, p. 208 (p. 236 n. 100), constate que les mots *generaliter* et *specialiter* apparaissent assez souvent ensemble dans le Code de Justinien et mentionne ce texte.

patrimoine entier ou une partie de celui-ci – ou de droit de gage grevant spécialement telle chose déterminée[23]. Le droit suisse ne reconnaît pas l'hypothèque générale sur un ensemble de biens, mais uniquement le droit de gage spécial.

Les deux empereurs exigent qu'il soit établi que les choses ne répondent à personne. Le verbe *probare* signifie *prouver*, et il amène à rappeler le fardeau de la preuve. Celui qui agit, qui prétend, qui affirme doit établir le bien-fondé de son droit[24]. Ce n'est pas différent aujourd'hui, il suffit de lire l'art. 8 du Code civil suisse[25]. Si donc Agathemeros fait valoir qu'il n'y a pas de droit de gage grevant ces biens, il doit le prouver. En revanche, le créancier gagiste qui n'aurait pas la possession des biens engagés devrait, le cas échéant, prouver son droit de gage.

Le texte prévoit ensuite que le débiteur commun ou son héritier décède sans laisser de successeur.

La tournure *débiteur commun* saute aux yeux. Le débiteur est débiteur de tous ses créanciers, dès lors il est "commun". Et son patrimoine répond à tous ses créanciers, chacun d'eux pouvant exiger la liquidation du patrimoine. Cette liquidation interviendra, le texte l'explique plus loin, en faveur de tous en proportion de la créance de chacun. C'est l'exécution générale, qu'on appelle aujourd'hui la faillite – *Konkurs* en allemand ou *fallimento* en italien. Et le débiteur commun, *communis debitor*, est en Suisse alémanique appelé aujourd'hui encore, couramment, *Gemeinschuldner*. *Der gemeine Schuldner* est le débiteur commun à tous, comme *das gemeine Recht* est le droit commun à tous. On trouve encore *das Gemeinwesen,* la collectivité publique, ou, par exemple, *das Gemeinwerk*, le travail commun des habitants d'une commune, en particulier dans le canton du Valais pour entretenir les bisses, les conduites qui amènent l'eau aux pâturages des villages.

Le débiteur commun ou son héritier, selon le texte, *décède* sans laisser de successeur[26]. Aussi longtemps que le débiteur vit, il répond lui-même de ses dettes, de toutes ses dettes. Lorsque le débiteur décède, ses héritiers lui succèdent. La succession intervient à titre universel, tous les droits et toutes les obligations du défunt passent aux héritiers[27]. Il convient évidemment d'excepter les obligations contractées en raison de qualités particulières d'une partie. L'héritier d'un médecin ou d'un coiffeur ne doit pas exécuter l'obligation professionnelle du défunt, mais bien, le cas échéant, une obligation par exemple pécuniaire de celui-ci. Et l'ordre juridique anticipe cette situation en prévoyant notamment que le mandat ou la société simple tombent lorsqu'une partie décède[28].

23 Cf. notamment D. 20,1,1 Papinien; D. 20,1,6 Ulpien; C. 8,13(14),2.

24 D. 22,3,2 Paul.

25 L'art. 8 du Code civil suisse a la teneur suivante: Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cf. également, dans le même sens, l'art. 1315 du Code civil français.

26 Angelo Puglisi, Servi, coloni, veterani e la terra in alcuni testi di Costantino, Labeo 23/1977, p. 305 (p. 307 n. 4), évoque l'emploi du mot *successor*, qui apparaît dans ce texte, désignant la succession.

27 D. 29,2,37 Pomponius: *Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant.* Dans le même sens D. 37,1,3, pr. Ulpien; cf. également C. 8,53,15, pr.

28 D. 17,1,26, pr. Paul, concernant la mort du mandant; D. 17,1,27,3 Gaius, concernant la mort du mandataire; D. 17,2,65,9 Paul, concernant la mort de l'associé à la société simple.

Cependant, les obligations déjà contractées qui n'exigent pas un savoir-faire spécial[29] doivent encore être exécutées[30].

Le texte illustre ainsi également que l'héritier répond des engagements du défunt[31]. L'héritier pourrait évidemment répudier ou ne pas accepter la succession, il pourrait aussi l'accepter sous bénéfice d'inventaire[32]. En l'occurrence, il n'en est pas question.

Selon le texte, l'héritier – s'il y a un héritier – décède, comme le débiteur originaire, *sans* qu'il y ait de *successeur*. Personne ne succède au débiteur d'Agathemeros ou, éventuellement, à l'héritier de ce débiteur. Il n'y a pas de personne contre laquelle Agathemeros pourrait agir en paiement.

Il convient dès lors de liquider la succession[33] avant que des restes ne passent éventuellement à l'État[34]. C'est ainsi qu'on peut aider tous les créanciers. Le texte précise: *omnibus creditoribus consuli potest*. Il est significatif que les auteurs du texte utilisent le verbe *consulere*, qui veut dire non seulement demander conseil, mais aussi aider, assister quelqu'un.

Comment se présente cette aide?

Le texte apporte deux compléments d'information. Il dit,

1) *non dominii rerum vindicatione, sed possessione bonorum itemque venditione*;

2) *aequali portione pro rata debiti quantitate*.

Le texte précise d'abord que les créanciers ne peuvent *pas revendiquer* la propriété des biens. Ils ne sont que créanciers, ils n'ont pas de droit réel. La revendication est l'action du propriétaire contre celui qui détient ses biens sans droit[35]. Le créancier, nous l'avons vu plus haut, n'est pas propriétaire des biens de son débiteur. On retrouve l'idée déjà exprimée au paragraphe *principium*. Le créancier ordinaire n'a pas de droit sur la chose de son débiteur. Il peut seulement exiger que celui-ci fasse, donne, effectue une prestation.

Dès lors que les créanciers n'ont pas de droit réel, les choses du débiteur ne leur appartiennent pas, même pas à un titre spécial (un droit de gage par exemple). Mais les créanciers ont néanmoins leurs créances. Et celles-ci leur permettent d'exiger, le cas échéant, en principe quand une faute est imputable au débiteur, des dommages-intérêts[36]. A défaut de cause libératoire – par exemple l'impossibilité objective subséquente[37] –, le débiteur qui ne s'exécute pas, doit payer des dommages-intérêts. Et son patrimoine

29 Par exemple, D. 46,3,31 Ulpien.

30 Institutes de Justinien 3,26,10.

31 Balde et Paul de Castro mentionnent les deux, à propos de ce texte, qu'il y a confusion – en droit suisse selon l'art. 118 du Code des obligations – lorsque le créancier succède au débiteur; selon l'édition du Code de Justinien, avec la glose d'Accurse et d'autres commentaires, en particulier d'Antoine Conte, Paris 1559.

32 Cf. C. 6,30,22,4.

33 Cf. Gaius Institutes 2,78.

34 Cf. D. 5,3,20,7 Ulpien; D. 49,14,1 Callistrate.

35 Cf. notamment D. 6,1,23, pr. Paul; D. 6,1,27,3 Paul.

36 Par exemple, D. 19,1,13, pr. Ulpien.

37 Cf. notamment Institutes de Justinien 3,14,2; D. 50,17,23 Ulpien.

répond de ces dommages-intérêts. Le créancier pourrait les exiger individuellement s'il était seul et face à son débiteur. En l'occurrence, il n'y a plus que le patrimoine du débiteur, face à tous les créanciers, dont Agathemeros, de celui-là. Ce créancier n'est pas seul, tous les créanciers du défunt sont concernés. Les empereurs disent donc que l'on aide ces créanciers par la possession du patrimoine et la vente de celui-ci.

Les créanciers n'ont pas de droit à la possession pour eux-mêmes. Ils n'ont pas de droit réel sur le patrimoine et donc pas de titre leur permettant de procéder. Mais ils ont le droit de faire vendre le patrimoine du débiteur, afin d'obtenir des dommages-intérêts, en se répartissant le produit de la vente. Pour pouvoir vendre valablement des choses, il faut les avoir. Dès lors, le rôle de la possession: les créanciers reçoivent le patrimoine du débiteur pour le vendre. Ils manquent d'un titre pour le garder, mais ils peuvent exiger de l'argent résultant de la vente. Et les créanciers n'exercent pas eux-mêmes la possession, mais à travers le curateur des biens qu'on appellerait aujourd'hui l'administration de la faillite.

Les créanciers sont habilités à vendre le patrimoine de leur débiteur. Ce pouvoir est inhérent à leurs créances pour le cas où leur débiteur ne s'exécuterait pas. Normalement, seul le titulaire du pouvoir de disposer, le propriétaire de la chose, peut aliéner celle-ci. Ce droit peut cependant revenir à quelqu'un d'autre: le créancier gagiste a le pouvoir, en vertu du droit de gage, de faire vendre la chose d'autrui, soit le gage, s'il n'est pas satisfait[38]. C'est même le principal pouvoir découlant du droit de gage et, pour ainsi dire, la définition de celui-ci: avoir un gage signifie avoir le pouvoir de vendre une fois la chose d'autrui, lorsque les conditions – l'inexécution d'une obligation – sont réunies. Le créancier gagiste a ce droit en sa faveur exclusive, et sur une chose déterminée – l'objet du gage qui lui répond. Il a ce droit dans les limites dans lesquelles le gage lui répond; c'est-à-dire pour le montant pour lequel le gage a été constitué, au maximum pour le montant de la créance garantie.

Le créancier non garanti par gage, ordinaire, n'a pas ce droit sur une chose précise. Il n'a de droit que contre le débiteur. Et il ne peut pas exiger que telle chose déterminée soit réalisée en sa faveur exclusive. Mais il peut exiger satisfaction sur le patrimoine du débiteur.

Cette satisfaction porte sur les biens du débiteur qui ne sont pas grevés de droits de gage. Elle peut porter aussi sur le solde éventuel subsistant à la suite de la réalisation d'un gage[39]. Elle n'intervient pas exclusivement en faveur du créancier poursuivant. Tous les créanciers d'un débiteur sont sur pied d'égalité, à moins de bénéficier d'un privilège (un droit de gage ou un privilège attaché à la créance)[40]. Dès lors, tous les créanciers participent à une telle vente, à moins qu'ils n'aient déjà été couverts, par exemple en vertu d'un droit de gage. Si l'exécution forcée est spéciale, ils participent à la saisie. Si l'exécution forcée est générale, ils participent, avec tous, à la faillite, ce qui est le cas dans notre texte.

Le patrimoine du débiteur sera donc vendu. Cette vente peut intervenir en bloc ou par article, en fonction de l'époque et du droit applicable, que nous n'examinons pas

38 D. 41,1,46 Ulpien.

39 C. 8,33(34),3,4b.

40 D. 42,5,32 Paul.

ici. Le principe est toujours le même, c'est celui de la faillite à laquelle les créanciers concourent, ce qu'on appellera le *concursus creditorum*[41]. Le terme *Konkurs* employé en allemand et mentionné déjà plus haut désigne bien la situation, mieux que *faillite*, *fallimento* ou *Insolvenz*. Les créanciers concourent, chacun en proportion de sa ou de ses créances. Le texte précise: à parts égales, en proportion de la dette – *aequali portione pro rata debiti quantitate*.

N'étant pas privilégiés les uns par rapport aux autres, tous les créanciers sont sur pied d'égalité. Le texte précise bien: *omnibus* – tous. Il n'y a pas alors de raison, de cause juridique, de traiter mieux un créancier que les autres. Chacun a droit, au maximum, au montant de sa créance. Si le produit de la vente du patrimoine du débiteur ne permet pas de couvrir entièrement chaque créance contre le débiteur, il convient de les réduire proportionnellement[42]. La réduction se fait dans les mêmes proportions pour chaque créance contre le débiteur; le créancier reçoit alors, comme on dit de nos jours, un dividende.

Le texte ne l'évoque pas, mais il se pourrait quand-même qu'il y ait des privilèges en faveur de l'un ou de l'autre créancier non garanti par gage. Mis à part la créance garantie par gage, le droit romain connaît des créances privilégiées comme nos droits actuels. Ce ne sont pas des privilèges en vertu du temps, car la priorité dans le temps vaut pour les droits réels, mais non pour les droits personnels[43]. Cependant, un privilège peut exister éventuellement en vertu du titre de créance[44], ce qui signifie que l'ordre juridique entend protéger spécialement telle créance; et si plusieurs créanciers ont une créance du même type, ils concourent aussi entre eux à égalité[45].

En deux paragraphes, le texte du Code de Justinien 7,72,6 rappelle des principes centraux du droit. Il illustre parfaitement le droit réel et les pouvoirs qui en découlent. Il montre plus particulièrement ce qu'est le droit de propriété et ce que permet le droit de gage. Il illustre également le droit personnel, en particulier la position du créancier face à son débiteur. Il montre que les obligations passent aux héritiers et exprime ainsi une règle de base du droit des successions. Il montre enfin le principe de la faillite dont le but est de satisfaire les créanciers non privilégiés qui se trouvent tous sur pied d'égalité, au moins proportionnellement à leurs créances. La véritable nature des droits se révèle dans l'exécution forcée.

Aussi court qu'il soit, ce texte des empereurs Dioclétien et Maximien montre les principes fondamentaux du droit privé. Il est un bel exemple de l'apport que fournit le droit romain aux droits modernes – et que le récipiendaire de ce volume de mélanges a toujours su expliquer avec aisance.

41 Edouard Cuq, Manuel de droit romain, Paris 1928, p. 902 ss. Gaius Institutes 3,79, évoque l'ordre adressé aux créanciers de se rassembler pour nommer un administrateur des biens du failli.

42 Dionys de Godefroy, cité ci-dessus n. 9, constate cette conclusion dans sa note 46.

43 D. 42,5,32 Paul.

44 Jacques Cujas rappelle ces privilèges dans son commentaire de ce texte, tome 9/5 de ses oeuvres, éditées par Carlo Annibale Fabroto, Naples 1758, colonne 1131; il mentionne spécialement le privilège du fisc et celui de la femme pour sa dot. Il remarque encore qu'une fois que ces créanciers privilégiés sont couverts, le solde sert à désintéresser les autres créanciers en proportion de leurs créances, conformément au texte.

45 D. 42,5,32 Paul.

Abstract

The reply of the Emperors Diocletian and Maximian to a certain Agathemeros, in C. 7,72,6, concerns the position of a creditor, especially in the case of a debtor's insolvency. The text lays down several fundamental legal principles concerning personal and real rights; the ranking of creditors; the fact that a pledgee has a better right than an ordinary creditor; the equal status of all ordinary creditors without any preferential right; and the heir succeeding to the obligation. This text proves to be a synopsis of the most important rules of private law.

PLATO AND ULPIAN'S *PRAECEPTA IURIS*

Marko Petrak*

1. Introduction

The purpose of this contribution is to throw some light on the Platonic foundations of Ulpian's famous *praecepta iuris*. I dedicate it to my revered and beloved Laurens Winkel, whose comprehensive studies over the last several decades on the influence of Greek philosophy on Roman law have greatly increased our knowledge of the subject.

In the first book of his work *Regulae,* the great classical Roman jurist Ulpian (AD 170-228)[1] pronounced the three fundamental precepts of law (*tria praecepta iuris*) to be: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*: "to live honestly, not to harm others, to render to each his own". Closely related to the third precept (*suum cuique tribuere*), he formulated the famous definition of justice, the only one from Roman legal sources that has come down to us: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*: "justice is the steady and enduring will to render everyone his right". Justinian placed these definitions at the very beginning of the *Digesta seu Pandectae* (D. 1,1,10 pr 1), the most important part of his codification of Roman law, containing the law of classical Roman jurisprudence.

2. Ulpian's *praecepta iuris* in Western legal and philosophical tradition

Through Justinian's *Corpus iuris civilis*, these definitions have retained their extraordinary importance in the Western legal tradition[2]. Ulpian's *praecepta iuris* are

1 For Ulpian's life and work, see T. Honoré, Ulpian, Pioneer of Human Rights, Oxford, 2002.

2 On the meaning and importance of Ulpian's definition of *iustitia* and *praecepta iuris* see e.g. F. Senn, De la justice et du droit. Explication de la définition traditionnelle de la justice, Paris, 1927. W. Waldstein, "Zu Ulpians Definition der Gerechtigkeit (D. 1,1,10 pr.)" in: H.H. Jakobs, B. Knobbe-Keuk, E. Picker, J. Wilhelm (eds.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburstag, Köln, 1978, pp. 213-232; M. Diesselhorst, "Die Gerechtigkeitsdefinition Ulpians in D. 1,1,10 pr. und die *Praecepta iuris* nach D. 1,1,10,1 sowie ihre Rezeption bei Leibniz und Kant" in: O. Behrends, M. Diesselhorst, W.E. Voß (eds.), Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburstages von Franz Wieacker, Ebelsbach, 1985, pp. 185-211; F. Gallo, "Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto" in: Studia et documenta historiae et iuris, 54, 1988, pp. 1-36; L.C. Winkel,

* Professor of Roman Law, Faculty of Law, University of Zagreb.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 694-701

still the fundamental principles of the modern law of obligations. In particular, the precept *alterum non laedere* as the articulation of corrective justice and the precept *suum cuique tribuere* as the articulation of distributive justice, form the indispensable basis of contemporary theory and practice in the law of delict and contract law[3].

However, it is not only in the legal sphere that these classical Roman definitions of *praecepta iuris* and *iustitia* are relevant. They undoubtedly constitute part of a shared Western cultural heritage. One finds, for example, a paraphrase of Ulpian's third precept and his definition of justice in Shakespeare's *Titus Andronicus*: "Suum cuique *is our Roman justice: This prince in justice seizeth but his own*"[4].

Throughout the centuries, the content of Ulpian's definitions has also been subject to in-depth interpretation by some of the greatest philosophers. For example, Saint Thomas Aquinas dedicated one whole article of his *Summa theologiae* to this classical Roman definition of *iustitia*, interpreting all its aspects in the light of the concepts of justice of Aristotle and Saint Augustine[5].

I shall give another example: in his work *De notionibus juris et justitiae*, a prologue to his *Codex juris gentium diplomaticus*, Gottfried Wilhelm Leibniz reinterpreted Ulpian's *praecepta iuris* as follows:

> *Ex hoc jam fonte fluit jus naturae, cujus tres sunt gradus: jus strictum in justitia commutativa, aequitas in justitia distributiva, denique pietas (vel probitas) in justitia universali: unde neminem laedere, suum cuique tribuere, honeste (vel potius pie) vivere, totidem generalissima et pervulgata juris praecepta nascuntur*[6].

"Die stoische *οικείωσις*-Lehre und Ulpians Definition der Gerechtigkeit" in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 105, 1988, pp. 669-679; U. Manthe, "Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes II: Stoische Würdigkeit und die *iuris praecepta* Ulpians" in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 114, 1997, pp. 1-26, here pp. 12 sqq.; V. Scarano Ussani, L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana, Torino, 1997, pp. 121 sqq.

3 On the precept *alterum non laedere* as the fundamental principle of the contemporary law of delict see e.g. R. Savatier, Traité de la responsabilité civile en droit français, Paris, 1939, pp. 50 sqq; E. Picker, "Vertragliche und deliktische Schadenshaftung" in: Juristenzeitung, 1987, pp. 1041-1058; cf. also (for European Union law) R. Knütel, "*Ius commune* und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union" in: Juristische Schulung, Heft 9, 1996, pp. 768-778, here pp. 768 sq. On the importance of the precept *suum cuique tribuere* as the expression of distributive justice in contemporary contract law see e.g. H. Honsell, "*Iustitia distributiva – iustitia commutativa*" in: M.J. Schermaier, J.M. Rainer, L.C. Winkel (eds.), *Iurisprudentia universalis*. Festschrift für Theo Mayer-Maly, Köln-Weimar-Wien, 2002, pp. 287- 302; cf. also H. Collins, Distributive Justice through Contracts, Oxford, 1992; C.W. Canaris, Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München, 1997.

4 W. Shakespeare, Titus Andronicus I, 280 sq. in: The Complete Works of William Shakespeare, London, 1962, p. 741; cf. U. von Lübtow, "Zum Begriff 'suum cuique'" in: H. Thieme (ed.), Humanismus und Naturrecht in Berlin – Brandenburg – Preußen, Berlin, 1979, pp. 39-42, here p. 39.

5 On the interpretation of Ulpian's definition of *iustitia* in the *Summa Theologiae* (II-2,58,1), see J-M. Aubert, Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas, Paris, 1955, pp. 88-91; M. Beck-Mannagetta, "Mittelalterliche Gerechtigkeitslehre" in: M. Beck-Mannagetta, H. Böhm, G. Graf (eds.), Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburstag, Wien-New York, 1996, pp. 74-80.

6 This passage from *De notionibus juris et justitiae*, work reprinted in *God. Guil. Leibnitii opera philosophica quae extant Latina, Gallica, Germanica omnia* (instruxit J.E. Erdmann, Berolini MDCCCXL), is reproduced in: M. Diesselhorst, op. cit., p. 202.

According to Leibniz, these three precepts – *alterum non laedere, suum cuique tribuere*, *honeste vivere* – are fundamental principles of law. In the following passage, a reinterpretation of Ulpian's *praecepta iuris* in the context of Aristotle's ethical concepts, and also of the work of the famous Dutch jurist Hugo Grotius (1583-1645), Leibniz stressed that the first precept, *neminem laedere*, is the basis of commutative justice, that the second, *suum cuique tribuere*, is the basis of distributive justice and that the third, *honeste vivere*, is the highest principle of universal justice as the greatest virtue of all[7].

In addition, it should be mentioned that Immanuel Kant in *Metaphysik der Sitten* also based his theory of law on Ulpian's three precepts. Elaborating the general division of legal obligations (*allgemeine Einteilung der Rechtspflichten*) as the very substance of his *Rechtslehre*, he emphasised:

> *Mann kann diese Einteilung sehr wohl nach dem Ulpian machen, wenn man seinen Formeln einen Sinn unterlegt, den er sich dabei zwar nicht deutlich gedacht haben mag, den sie aber doch verstatten daraus zu entwicklen, oder hineinzulegen. Sie sind folgende: Sei ein rechtlicher Mensch (honeste vive) ... Tue niemanden Unrecht (neminem laede) und solltest du darüber auch aus aller Verbindung mit anderen heraus gehen und alle Gesellschaft meiden müssen (lex iuridica) ... Trit (wenn Du das letztere nicht vermeiden kannst) in einem Gesellschaft mit anderen, in welcher jedem das Seine erhalten werden kann (suum cuique tribue[8]).*

As we can see, Kant reinterpreted the original meaning of the *tria praecepta* by adding his moral and legal concepts to Ulpian's words.

All these examples taken from the *opera* of Saint Thomas Aquinas, Leibniz and Kant show conclusively that Ulpian's definitions of *praecepta iuris* and *iustitia* are not at all irrelevant in the occidental tradition of ethics. Furthermore, philosophical reinterpretations of Ulpian's definitions exercised a strong influence on legal doctrine throughout the centuries and the understanding of these classical Roman precepts in mediaeval and modern legal practices[9].

7 The first precept, *neminem laedere*, as the basis of commutative justice, Leibniz defined as follows: "*Juris merisive stricti praeceptum est neminem laedendum esse, ne detur ei in civitate actio extra civitatem, ius belli. Hinc nascitur justitia, quam Philosophi vocant commutativam, et jus quod Grotius appellat facultatem*"; on the second precept, *suum cuique tribuere*, as the basis of distributive justice, see e.g. the following passage: "*Itaque hujus loci est distributiva justitia et praeceptum iuris, quod suum cuique tribui jubet*"; on the third precept, *honeste vivere*, as the basis of universal justice see e.g. the following passage: "*Ex hac consideratione fit ut justitia universalis appelatur et omnes alias virtutes comprehendet ... Itaque hinc supremum illud juris praeceptum vim accepit, quod honeste (id est pie) vivere jubet*". The quoted Latin text from *De notionibus juris et justitiae* is also reproduced in: M. Diesselhorst, op. cit., pp. 202 sqq. For a comprehensive discussion of the importance of Ulpian's *praecepta iuris* for Leibniz' concept of justice see M. Diesselhorst, op. cit., pp. 204 sqq.; K. Luig, "Leibniz als Dogmatiker des Privatrechts" in: O. Behrends, M. Diesselhorst, W.E. Voß (eds.), Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburstages von Franz Wieacker, Ebelsbach, 1985, pp. 213-256.

8 I. Kant, Werkausgabe, vol. VII, Frankfurt, 1968, p. 344. For further discussion on the significance of Ulpian's *praecepta iuris* in the context of Kant's *Rechtslehre* see M. Diesselhorst, op. cit., pp. 208 sqq.; cf. also U. Manthe, op. cit., II, p. 23.

9 In particular, the interpretation of the precept *alterum non laedere* by Enlightenment philosophers and natural lawyers such as Samuel Pufendorf (1632-1694) and Christian Wolff (1679-1754), as well as Kant himself, considerably influenced the modern law of delict; cf. R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, pp. 1031 sqq.; H.

3. Platonic foundations of Ulpian's *praecepta iuris*

However, the question of the philosophical origins of these definitions is still unresolved. In the Roman world before Ulpian, elements of *tria praecepta iuris* can be found primarily in the writings of Cicero. For example, in *De officiis* he writes: "*fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur*" or "*violare alterum naturae lege prohibemur*"[10]. In his *De finibus*, one also finds statements such as "*alienumque esse a sapiente non modo iniuriam cui facere, verum etiam nocere*"[11]. All these formulations undoubtedly have the same meaning as Ulpian's *alterum non laedere*. As far as the precept *honeste vivere* is concerned, it suffices to pay attention to a passage from *De finibus* in which Cicero tried to define what *fines bonorum* are to various philosophers and philosophical schools. He pointed out that according to Stoic teaching *finis bonorum* is "*consentire naturae, quod esse volunt e virtute, id est honeste vivere*"[12]. One may conclude that Ulpian transformed the Stoic ethical concept of *honeste vivere* into the first precept of law. Apart from these two *praecepta iuris* in Cicero's writings, the precept *suum cuique tribuere* is also to be found in his various formulations of the definition of justice. It is obvious that in Ulpian's definition – *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* – justice was seen as a virtue[13]. This formulation is evidently derived from Cicero's formulations, which are to be found particularly in the passages in which he elaborates on the notion of virtue and its divisions. So, for example, in his juvenile work *De inventione*, he defined justice as follows: "*Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem*"[14]. In this context, it is also very important to note Cicero's definition of virtue in his *De legibus* as "*constans et perpetua ratio vitae*, *quae virtus est*"[15]. These

Hattenhauer, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung, München, 2000, pp. 114 sqq.

10 Cicero, *De officiis*, 1,31; 3,27; cf. E. Levy, "Natural Law in Roman Thought" in: idem, Gesammelte Schriften, Bd. I, Köln-Graz, 1963, pp. 3-19, here pp. 16 sq.; Diesselhorst, op. cit, pp. 196 sq.; W. Waldstein, Teoria generale del diritto. Dall' antichità ad oggi, Roma, 2001, p. 91.

11 Cicero, *De finibus bonorum et malorum,* 3,71; cf. C. Wollschläger, "Die stoische Bereicherungsverbot in der römischen Rechtswissenschaft" in: O. Behrends, M. Diesselhorst, W.E. Voß (eds.), Römisches Recht in der europäischen Tradition. Symposion aus Anlaß des 75. Geburstages von Franz Wieacker, Ebelsbach, 1985, pp. 41-88, here p. 50.

12 Cicero, *De finibus bonorum et malorum,* 2,34; cf. E. Levy, op. cit., pp. 16 sq.; M. Diesselhorst, op. cit, pp. 196 sq.; V. Scarano Ussani, op. cit., p. 125, n. 53.

13 On this aspect of Ulpian's definition of justice see F. Senn, op. cit., pp. 8 sqq.; W. Waldstein, "Zu Ulpians Definition der Gerechtigkeit (D. 1,1,10 pr.)", op. cit., pp. 225 sqq.; idem, "Ist das *suum cuique* eine Leerformel", Studia et documenta historiae et iuris, 61, 1995, pp. 181-215 sqq., here pp. 186 sqq.; S. Tzitzis, "*Dikaion Dianémetikon* et *ius suum cuique tribuens*. De la rétribution des Grecs à celle des Glossateurs", in: O. Diliberto (ed.), Il problema della pena criminale tra filosofia greca e diritto romano, Napoli, 1993, pp. 221-241; U. Manthe, "Beiträge zur Entwicklung des antiken Gerechtigkeitsbegriffes I: Die Mathematisierung durch Pythagoras und Aristoteles", in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 110, 1996, pp. 1-31.

14 Cicero, *De inventione*, 2,160; cf. also *De finibus bonorum et malorum*, 5,65: "*... animi affectio suum cuique tribuendi ... iustitia dicitur*"; *De officiis*, 1,42: "*... ut pro dignitate cuique tribuatur; id enim est iustitiae fundamentum ...*"; *De natura deorum*, 3,38: "*Nam iustitia, quae suum cuique distribuit, quid pertinet ad deos ...*"; *De re publica*, 3,24: "*Iustitia autem praecipit ... suum cuique reddere ...*".

15 Cicero, *Leges*, 1,45; cf. F. Senn, op. cit., pp. 8 sqq.; W. Waldstein, op. ult. cit., pp. 186 sqq.

two Ciceronian definitions contain the elements on which Ulpian – obviously familiar with Cicero's opus – could base his own formulation of *iustitia* or the precept *suum cuique tribuere*[16]. Furthermore, there is a very similar definition of justice in the anonymous work *Rhetorica ad Herrenium,* which dates back to the first century BC: "*Iustitia est aequitas ius unicuique rei tribuens pro dignitate cuiusque*"[17].

Most contemporary scholars consider that the origins of these definitions by Cicero and Ulpian are to be found in the writings of the Stoics[18]. There is no doubt that there is evidence of the Stoic philosophical tradition in Ulpian's formulations of *praecepta iuris* and *iustitia*. It would suffice to compare Ulpian's definition of *iustitia* as *suum cuique tribuere* with Chrissipus' definition of *δικαιοσύνη* as "*ἕξις ἀπονεμητικὴ τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ*"[19]. Some modern Roman-law scholars also believe that the Stoic ethical principle *τὸ καλῶς ζῆν* in the meaning of *τὸ κατὰ φύσιν ζῆν* is the oldest philosophical source of Ulpian's *honeste vivere*[20].

I, however, believe that the origins of Ulpian's definitions are older than the philosophy of the Stoa, for which reason I cannot quite agree with the prevailing opinion of modern Roman-law scholars on the issue.

Definitions, pre-dating the Stoics, of justice as a virtue can be found in Aristotle's *opus*. For example, in his work *On Virtues and Vices*, justice is defined as follows: "*δικαιοσύνη δ' ἐστίν ἀρετὴ ψυχῆς διανεμητικὴ τοῦ κατ' ἀξίαν*". There are similar formulations in Aristotle's *Topica*, *Art of Rhetoric* and particularly in the fifth book of *Nicomachean Ethics*, in the passages in which he elaborates on the notion of distributive justice (*δίκαιον διανεμητικόν*)[21].

16 W. Waldstein, "Zur juristischen Relevanz der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Cicero und Ulpian" in: M. Beck-Mannagetta, H. Böhm, G. Graf (eds.), Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburstag, Wien-New York, 1996, pp. 1-71, here pp. 44 sq. The evidence for Ulpian's being acquainted with Cicero's work may be found in D. 42,4,7,4 where Ulpian quoted a work of Cicero that is unknown to us. For details, see D. Nörr, "Cicero-Zitate bei den klassischen Juristen" in: Atti del III Colloquium Tullianum, Roma, 1978, pp. 131 sqq.

17 *Rhetorica ad Herennium*, 3,2,3; cf. L.C. Winkel, op. cit., pp. 672 sqq.

18 Cf. e.g. F. Schulz, History of Roman Legal Science, Oxford, 1946, p. 136; M. Diesselhorst, op. cit, pp. 185 sqq., particularly p. 201; L.C. Winkel, op. cit., pp. 669 sqq.

19 H. von Arnim (ed.), *Stoicorum veterum fragmenta* (SVF), vol. III, Stuttgart, 1979, 125; cf. SVF I 374; SVF III 262, 263 and 280; for a comprehensive discussion of these Stoic definitions and their influence on Ulpian, see L.C. Winkel, op. cit., pp. 672 sqq.; cf. U. Manthe, op. cit., II, pp. 1 sqq.; on the Stoic concept of justice generally, see e.g. M. Schofield, "Two Stoic Approaches to Justice" in: A. Laks, M. Schofield (eds.), Justice and Generosity. Studies in Hellenistic Social and Political Philosophy: Proceedings of the Sixth Symposium Hellenisticum, Cambridge, 1995, pp. 191-212; cf. also M. Pohlenz, Die Stoa. Geschichte einer geistigen Bewegung, Bd. I, Göttingen, 1978, p. 136, pp. 201 sqq.

20 SVF III 14 and 16; see e.g. F. Senn, op. cit., pp. 39 sqq.; U. Manthe op. cit., II, p. 12, n. 37; on the Stoic ethical principle *τὸ κατὰ φύσιν ζῆν* generally, see e.g. M. Forschner, Die Stoische Ethik, Darmstadt, 1995, pp. 183 sqq; the philosophical roots of the precept *alterum non laedere* may also be found in the writings of Stoics: see e.g. SVF III 178, 309, 345, 558 and 578; cf. C. Wollschläger, op. cit., p. 50, n. 72; U. Manthe, op. cit., I, p. 31, n. 96.

21 Aristoteles, *De virtutibus et vitiis* 1250 a 12; cf. *Topica* 143 a 16 sq., 145 b 35 sq.; *Rhetorica* 1366 b 9 sqq.; *Ethica Nicomachea* 1130 b 30 sqq., 1131 a 25 sq., 1134 a 1 sqq.; for a comprehensive discussion of Aristotle's definitions of justice and their possible influence on Ulpian see e.g. U. Manthe, op. cit., I, pp. 2 sqq.; W. Waldstein, op. ult. cit., pp. 53 sqq. On Aristotle's concept of justice generally, see e.g.

In my opinion, however, the oldest philosophical source of Ulpian's definition of justice, which included the precept *suum cuique tribuere*, is to be found in the Platonic *Definitions* (*Ὅροι*): "*δικαιοσύνη ... ἕξις ἀπονεμητικὴ τοῦ κατ' ἀξίαν ἑκάστῳ*"[22]. Of course, the *Definitions* are not written by Plato himself, and at first glance it is debatable whether this definition of justice as a virtue can be ascribed to Plato. In his *Untersuchungen zu den pseudoplatonischen Definitionen*, published in 1967, Heinz Gerd Ingenkamp showed that the quoted Platonic definition of justice is clearly in accordance with a passage from the fourth book of Plato's *Politeia*, in which it is stressed that "possession of one's own and the performance of one's own task could be agreed to be justice" ("*ἑαυτοῦ ἕξις τε καὶ πρᾶξις δικαιοσύνην ἄν ὁμολογοῖτο*")[23]. Ingenkamp therefore stressed that the definition of justice could be ascribed, if not to Plato himself, then to the very early tradition of the Academy[24]. In any case, his conclusion is that the definition of *δικαιοσύνη* in the Platonic *Definitions* is the oldest traceable source of Ulpian's definition of *iustitia*.

However, one must not neglect an important difference between Ulpian's definitions of justice as a virtue and those of philosophers. According to the Greek philosophers, the criterion of just distribution is always the notion of *ἀξία.* Cicero adopted this philosophical concept and translated the Greek term *ἀξία* by the Latin word *dignitas*. Ulpian, on the other hand, used the notion of *ius* instead of *dignitas* as the criterion of just distribution. For that reason, Ulpian's definition of justice contains the formulation "*ius suum cuique tribuere*" instead of "*suam dignitatem cuique tribuere*". In other words, one may conclude that in this fashion Ulpian transformed a Greek philosophical concept into a specifically legal concept[25].

M. Salomon, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, Leiden, 1937; P. Trude, Der Begriff der Gerechtigkeit in der aristotelischen Rechts- und Staatsphilosophie, Berlin, 1955.

22 Plato, *Definitiones* 411 e; cf. W. Waldstein, op. ult. cit., p. 57; V. Scarano Ussani, op. cit., p. 124, n. 49.

23 Plato, *Respublica*, 433 e.; for details, see H.G. Ingenkamp, Untersuchungen zu den pseudoplatonischen Definitionen, Wiesbaden, 1967, pp. 28 sq.; on Plato's concept of justice in *Politeia* generally, see e.g. E. Wolf, Griechisches Rechtsdenken, Bd. IV, 1, Frankfurt am Main, 1968, pp. 295 sqq.; G. Vlastos, "Justice and Happiness in Plato's Republic" in: G. Vlastos (ed.), Plato: A Collection of Critical Essays II, London, 1971, pp. 35-51.

24 H.G. Ingenkamp, op. cit., pp. 113 sq.

25 It is worth mentioning in this context that Roman jurists sometimes referred directly to the classical definition of justice in arguing legal cases; see D. 16,3,31,1 (Tryph. 9 disp.): "*Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud seium inscium de malitia deponentis utrum latroni an mihi restituere seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit*". Thus we see that according to the late classical Roman jurist Tryphonin, in some situations it is just – contrary to the general rule – not to return the deposited thing to the depositor. It is of interest that the same ethical and legal problem relating to deposit had already been analysed by Plato (*Respublica* 331 c - 332 b) and Cicero (*De finibus bonorum et malorum* 3,95); on Tryphonin's solution see further P. Cerami, "'Ordo legum' e 'iustitia' in Claudio Trifonino" in: Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo 40, 1988, pp. 5-35; M. Kaser, *Ius gentium*, Köln-Weimar-Wien, 1993, pp. 121 sqq.; R. Knütel, "Zum Pflichtenkonflikt des Verwahrers" in: J.F. Gerkens, H. Peter,

Furthermore, it is necessary to corroborate the hypothesis that Ulpian's *praecepta iuris* also have their origins in Plato's concept of justice. The first vestiges of these *praecepta* are in the first book of Plato's *Politeia*, namely, in the significant dialogue on some fundamental ethical precepts in the context of the virtue of justice. In his maieutic manner, Socrates, together with Glaucon, Kephalos, Polemarchos and the sophist Trasimachos, asserts that it is just (*δίκαιον*) to give each what is owed to him ("*τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ αποδιδόναι*")[26]. Socrates also asked his collocutors "is it for the just man to harm anyone at all?" and pointed out that it is never just to do so ("*οὐδαμοῦ γὰρ δίκαιον οὐδένα ἡμῖν ἐφάνη ὂν βλάπτειν*")[27]. Finally, at the end of the dialogue in the first book of *Politeia*, Socrates concluded that the just soul and just man will live well, while the unjust man will live badly ("*Ἡ μὲν ἄρα δικαία ψυχὴ καὶ ὁ δίκαιος ἀνὴρ εὖ βιώσεται* ...")[28]. It is evident that Socrates' three statements on what is "just" have the exact same meaning as Ulpian's three precepts of law: *suum cuique tribuere*, *alterum non laedere*, *honeste vivere*. Of course, neither Socrates nor Plato "invented" these precepts. The earliest reference to the precept *suum cuique tribuere* may be ascribed – according to the first book of *Politeia* – to the lyric and elegiac poet Simonides (557-468 BC)[29], and one possible formulation of the precept *alterum non laedere* is also traceable in the fragments of a contemporary of Socrates, the sophist Antiphon (fifth century BC)[30]. However, all three precepts are to be found together for the first time in the same context in the first book of Plato's *Politeia*. It is also worth mentioning that Plato was the first philosopher to distinguish and at the same time connect inextricably the two fundamental principles of justice – *τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ αποδιδόναι* and *οὐδένα βλάπτειν* – as the lapidary terms for what Aristotle would later call distributive justice (*δίκαιον διανεμητικόν*) and corrective justice (*δίκαιον διορθωτικόν*), and Ulpian would concisely formulate in the legal precepts *suum cuique tribuere* and *alterum non laedere*[31].

As has previously been mentioned, these principles have up to this day continued to be of extraordinary importance in modern legal systems as the ethical foundations of the law of contract and delict. It is therefore acceptable to conclude that even today some aspects of Plato's concept of justice, through the *medium* of the Roman legal tradition, determine the everyday legal life of ordinary people.

P. Trenk-Hinterberger, R. Vigneron (eds.), Mélanges Fritz Sturm, Liège, 1999, 239-265; M. Bretone, Storia del diritto romano, Roma-Bari, 1999, pp. 346 sqq.

26 Plato, *Respublica*, 331 e, 335 e; for details, see E. Wolf, op. cit., pp. 315 sqq.

27 Plato, *Respublica*, 335 e; for details, see E. Wolf, op. cit., pp. 321 sq.

28 Plato, *Respublica*, 353 e; for details, see E. Wolf, op. cit., pp. 331 sqq.

29 Plato, *Respublica*, 331 e; cf. E. Wolf, op. cit., pp. 315 sq.; W. Waldstein, Saggi sul diritto non scritto, Padova, 2002, p. 98, n. 30.

30 See Oxyrh. Pap. XV 120 (Pap. 1797).

31 This concept of two fundamental aspects of justice was developed in another manner in Plato's *Laws*, where he distinguished two forms of equality, the arithmetical and the geometrical; cf. Plato, *Leges*, 757; *Gorgias*, 507 seqq.; see M. Salomon, op. cit., pp. 27 sq. who pointed out the considerable influence of these elements of Plato's concept of justice and equality on Aristotle's thought.

Abstract

The purpose of this contribution is to analyse the Platonic foundations of Ulpian's famous *praecepta iuris* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) (D. 1,1,10,1). Ulpian's *praecepta iuris* embody the fundamental principles of the modern law of obligations. They are the indispensable basis of contemporary legal theory and practice in the law of delict and contract law. Some modern scholars believe that the sources of these precepts are the writings of Stoic philosophers. In the author's opinion, however, Ulpian's *praecepta iuris* have their origin in Plato's concept of justice. These *tria praecepta* may be traced to the first book of Plato's *Politeia* and specifically the maieutic dialogue between Socrates and his collocutors on the foundations of justice, where all three precepts are to be found together for the first time in the same context.

PRÉVISIBILITÉ DU DOMMAGE ET *DAMNUM EXTRA REM*

Pascal Pichonnaz* **

Le 26 février 2014, le Parlement européen a adopté à une large majorité une version modifiée du projet de Règlement pour un Droit commun européen de la vente (DCEV), le fameux *Common European Sales Law* (CESL)[1]. Fondé sur un projet de règlement mis en discussion par la Commission européenne le 11 octobre 2011[2], le projet a été remanié par le travail des commissions, qui ont proposé 264 amendements au texte du projet de la Commission européenne[3]. Celles-ci sont issues du rapport de synthèses de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen[4], adopté le 17 septembre 2013[5], lui-même largement inspiré de la détermination du *European Law Institute* sur

1 Le projet a été adopté par 416 voix contre 159, avec 65 absentions; pour le débat, cf. *http //www.europarl.europa.eu/ep-live/en/plenary/video?debate=1393400231296* (dernière visite: 25 mars 2014); cf. European Commission, Mémo du 26 février 2014, "Optional European Sales Law Receives Strong Backing by the European Parliament", *http //www.google.ch/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Feuropa.eu%2Frapid%2Fpress-release_MEMO-14-137_en.pdf&ei=JLgeU9nxOuSd7gayqYGwAQ&usg=AFQjCNEsNWmJ5MlCggsM8N3PugBjo80fXQ&cad=rja* (dernière visite: 25 mars 2014).

2 Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011)0635 final − 2011/0284 (COD).

3 Le "*Report on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*" du 24 septembre 2013 (A7-0301/2013; PE505.998v03-00) est long de 256 pages et contient 264 modifications formelles du projet de Règlement et de l'annexe (le texte du CESL).

4 Cf. la présentation du rapport de la commission des affaires juridiques: *http //www.europarl.europa.eu/news/fr/news-room/content/20130916IPR20025/html/Common-European-Sales-Law-backed-by-legal-affairs-MEPs* (dernière visite: 25 mars 2014).

5 Cf. le rapport final du 24 septembre 2013 tel que voté par le *Committee on Legal Affairs,* préparé par Klaus-Heiner Lehne et Luigi Berlinguer, en collaboration avec le *Committee on the Internal Market and Consumer Protection* (COM(2011)0635? – C7-0329/2011 – 2011/0284 – (COD)): *http //www.europarl.europa.eu/committees/fr/juri/subject-files.html?id=20121023CDT54280*_(dernière visite: 25 mars 2014); la proposition de résolution législative a été par 19 voix pour, 3 voix contre, et 2

* Chaire de droit privé et de droit romain; doyen de la Faculté, Université de Fribourg.

** Nous tenons à remercier Arnaud Nussbaumer et Violaine Badoux, tous deux assistants à la Faculté de droit de Fribourg, pour l'aide apportée à la mise au point de l'appareil critique et la relecture du manuscrit.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 702-718

le projet[6]. Soumis à la procédure de codécision, le projet de Règlement tel qu'adopté par le Parlement européen doit encore être approuvé par le Conseil des Ministres.

Ce futur règlement européen prévoit les modalités d'application d'un *droit commun européen de la vente*. Il s'agit d'un régime qui doit être choisi d'un commun accord par les parties (art. 1 al. 1 et art. 8 Projet de Règlement [ci-après: P-Regl.]), en cas de contrat conclu à distance, en particulier *online* (art. 1 al. 1, art. 2 let. p et art. 5 al. 1 P-Regl.), passé entre un professionnel et un autre professionnel ou un consommateur (art. 1 al. 2 et art. 7 P-Regl.).

Cet ensemble de règles constitue ainsi un second régime à choix, pour chacun des 30 régimes contractuels nationaux (art. 11 P-Regl.)[7].

Ces règles communes devront s'appliquer aux contrats passés avec un fournisseur en tant que régime alternatif au droit national dans chacun des Etats-membres (art. 1 al. 1 et art. 11 P-Règl.). Ainsi, le fournisseur et le consommateur ou un autre fournisseur auront le choix entre le droit national applicable selon les règles de droit international privé et le droit commun européen de la vente (art. 11 al. 1 P-Regl.)[8].

Un tel développement ne peut évidemment pas laisser le juriste européen insensible. Au cours de son activité européenne, le jubilaire a notamment enseigné dans tous les pays de l'Union européenne, ou presque. Certes, son enseignement a porté le plus souvent sur le droit romain et l'influence grecque et de la philosophie grecque dans ce régime juridique; toutefois, les préconceptions des étudiants évoluent et vont évoluer sous l'impact de ce futur *Common European Sales Law*. Leur perception de ce qui est juste, marqué par le "bon sens juridique", sera aussi modelée par ce nouveau texte, si les destinataires l'utilisent, ce qui n'est pas encore certain[9]. Les romanistes doivent dès lors aussi se préoccuper de cette évolution.

Nous souhaitons examiner ici un problème très limité, mais aux conséquences concrètes non négligeables, à savoir *comment le CESL délimite le dommage réparable*. Sous le chapitre consacré à la réparation du dommage, *l'art. 161 CESL* traite ainsi de

abstentions. Les négociateurs de la commission ont reçu un mandat pour débuter les pourparlers avec les ministres européens (cf. communiqué de presse: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bIM-PRESS%2b20130916IPR20025%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fFR&language=FR (dernière visite: 25 mars 2014).

6 La détermination peut être consultée sur la page: "*Statement of the European Law Institute on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM(2011)635 final*": *http //www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/S-2-2012_Statement_on_the_Proposal_for_a_Regulation_on__a_Common_European_Sales_Law.pdf* (dernière visite: 25 mars 2014).

7 Il s'agit du régime juridique de chacun des Etats-membres, mais le Royaume-Uni compte trois régimes distincts (droit anglais, droit écossais, droit irlandais).

8 Le rapport de la Commission (cf. *supra* n. 3) insiste sur ce point (p. 42, amendement 73).

9 Sur l'enjeu de savoir quand et comment les consommateurs pourront utiliser ce CESL, cf. not. Th. Ackermann/J.-U. Franck, Defects in Consent: An Assessment on Chapter Five of the Proposal for a Common European Sales Law, European Review of Contract Law, Volume 8, Issue 2, Juin 2012, pp. 113ss; P. Pichonnaz, Le droit européen des contrats s'écrit-il à Bruxelles?, Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège 1 (2013), pp. 89ss; cf. ég. communiqué de presse: *http //www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bIM-PRESS%2b20130916IPR20025%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fFR&language=FR* (dernière visite: 25 mars 2014).

la "prévisibilité du préjudice" et dispose ceci: "*Le débiteur n'est responsable que du préjudice qu'il a prévu ou est censé avoir prévu au moment de la conclusion du contrat comme étant une conséquence de l'inexécution*". Il ne s'agit pas d'une limitation du principe de la réparation totale (prévue à l'art. 160 CESL), mais bien de la détermination du dommage *réparable*.

La notion de prévisibilité se retrouve bien sûr dans les régimes de droit naturel, tels le Code civil français, le Code civil belge ou encore l'ancien Code civil néerlandais de 1838 (BW)[10], mais aussi dans le Code civil espagnol[11]. On retrouve la même idée de prévisibilité dans les régimes de *Common law*, sous l'effet du fameux arrêt *Hadley v. Baxendale* (23 février 1854)[12].

En revanche, les régimes influencés par une conception plus pandectiste du droit, tels le droit allemand, le droit suisse ou encore le nouveau Code civil néerlandais de 1992 (NBW), ne contiennent plus de référence expresse à la prévisibilité du dommage; ils jouent plutôt avec la notion de *causalité adéquate* entre la violation contractuelle et la survenance du dommage[13].

La question n'est pas ici de déterminer la meilleure approche, mais plutôt de comprendre cette notion de prévisibilité. Après avoir rappelé la distinction romaine fondée sur le dommage *circa ipsam rem*, puis celle du Moyen-Age entre dommage *circa rem* et dommage *extra rem*, nous évoquerons la conception des codificateurs modernes. Cela nous permettra de donner quelques pistes de réflexion pour l'interprétation de l'art. 161 CESL en guise de conclusion.

1. Droit romain: Un dommage initialement essentiellement *circa ipsam rem*

On peut identifier trois approches dans la délimitation de l'ampleur du dommage contractuel. La première se limite à la valeur de l'objet du contrat, *circa ipsam rem*, la seconde s'étend à toutes les conséquences de la commission du dol, et la troisième, qui repose sur une constitution de Justinien, entend limiter l'étendue dans les cas au double de la valeur de la chose.

(a) En cas de violation des obligations du contrat de vente notamment, l'*actio empti* permet à l'acheteur d'obtenir la réparation de l'*id quod interest*, à savoir l'intérêt que représente pour l'acheteur le non-respect par le vendeur de l'obligation violée ("*omnis utilitas emptoris*"). Les dommages-intérêts octroyés sont alors la compensation de cet *id quod interest*. Un texte de Paul précise notamment les limites de la réparation, en les fixant à la valeur de l'objet-même du contrat, *circa ipsam rem*:

10 Pour tous les autres, J.-F. Gerkens, Droit privé comparé, Bruxelles 2007, p. 173.

11 Art. 1.107 Code civil espagnol.

12 *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex 341, 156 ER 145.

13 D. Medicus/S. Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, Munich 2010, n. 638; P. Tercier/P. Pichonnaz, Le droit des obligations, Genève/Zurich/Bâle 2012, n. 1225.

D. 19.1.21.3 *Paul. lib. 33 ad ed.*

Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo *circa ipsam rem* consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat si vinum hodie pluris sit.

Ainsi, le dommage réparable par l'*actio empti* correspond avant tout à la valeur de la chose elle-même (*circa ipsam rem*) et non au dommage consécutif à l'inexécution, que ce soit un manque à gagner ("conclure des affaires et faire du bénéfice") ou un dommage allant au-delà de la chose elle-même[14]. Ainsi, dans ce passage de Paul, la délimitation du dommage découle d'abord de la valeur et de la spécificité de la chose elle-même. Certes, c'est bien "toute l'utilité" de la chose pour le créancier qui vient dans l'estimation selon Paul (D. 19.1.21.3: "omnis utilitas emptoris in aestimationem venit"), mais elle doit reposer sur la chose elle-même.

La question est de savoir si cette solution repose sur l'idée que la chose (*circa ipsam rem*) délimite les contours de la réparation, ou si le manque à gagner n'est pas indemnisé parce que le dommage n'aurait pas été prévisible au moment de la conclusion du contrat, comme l'envisagent certains auteurs[15].

Cette dernière solution pourrait en effet se justifier par le fait que, d'une part, un texte d'Ulpien, mis en exergue par les compilateurs de Justinien au début du titre D. 19.1, reconnaît que l'intérêt pouvait dépasser le prix et la valeur de la chose, car il devait couvrir l'intérêt qu'avait l'acheteur *à avoir la possession* de la chose vendue[16]. D'autre part, certains textes admettent expressément le manque à gagner. Ainsi, un autre texte de Paul (D. 46.8.13*pr*, *Paul., lib. 76 ad ed.*), qui traite toutefois des conséquences du non-respect de la *stipulatio* "*ratam rem dominum habiturum*", retient que le manque à gagner doit aussi être couvert. Il indique ceci: "Si commissa est stipulatio ratam rem dominum habiturum, in tantum competit, in quantum mea interfuit, *id est quantum mihi*

14 Cf. sur ce texte, H. Honsell, Quod interest im bonae-fidei-iudicium, Studien zum römischen Schadensersatzrecht, Munich 1969, pp. 7ss; D. Medicus, Id quod interest, Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, Cologne-Graz 1962, pp. 35ss; R. Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town/Wetton/Johannesburg 1990, pp. 830s.

15 B. Keuk, Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972, pp. 184s.; *contra* B. Kupisch, Id quod interest bei Nichterfüllung und Verzug des Verkäufers, TvR 43 (1975), pp. 8ss, en part. p. 35; sur ce texte, voir ég. M.J. Schermaier, §§ 280-285, in: M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann (édit.), Historisch-kritischer Kommentar, vol. II/1: Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241-304, Tübingen 2007, §§ 280-285, n. 47, p. 1226; Honsell, (n. 14), pp. 7ss; Medicus, (n. 14), pp. 35ss.

16 D. 19.1.1*pr* (*Ulp., lib. 28 ad Sab.)*: "Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est."; cf. ég. pour l'éviction dans la vente, D. 19.1.30.1 (*Afr., lib. 8 Quaest*: "quanti mea intersit meam esse factam"); pour la garantie pour les défauts, D. 21.2.31 (*Ulp., lib. 42 ad Sab.*: "Hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse"); cf. ég. N. Jansen, §§ 249-253, 255, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (édit.), (n. 15), §§ 249-253, 255, n. 8, p. 523; Schermaier, (n. 15), n. 47ss, pp. 1225ss.

abest quantumque lucrari potui"[17]. En matière d'éviction, Neratius (D. 19.1.31*pr*-1) semble lui aussi donner le manque à gagner, mais dans une situation où il s'agit de couvrir le bénéfice (*lucrum*). Il donne ainsi non seulement la chose en retour ("non solum arbitrio"), mais également la réparation de tous les avantages perdus et les frais qui découlent de l'éviction de la chose ("omne lucrum ac dispendium te sequatur")[18], alors qu'Hermogénien l'exclut si le manque à gagner dépasse les intérêts moratoires (D. 18.6.20)[19]. La décision sur la couverture du manque à gagner varie ainsi en fonction des hypothèses[20].

On en a déduit que l'étendue de l'*id quod interest* reposait largement sur une analyse au cas par cas[21].

(b) Dans un texte non moins célèbre (Ulp., D. 19.1.13), Ulpien citant Julien a toutefois envisagé une réparation pouvant aller au-delà de la réparation de la chose elle-même lorsque le vendeur *connaissait les conséquences possibles* de l'inexécution défectueuse, mais qu'il s'est tu et a trompé ainsi l'acheteur ("si sciens reticuit et emptorem decepti"):

D.19.1.13*pr* (*Ulp., lib. 32 ad ed.*)[22]

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 idonea venisse erit praestandum[23].

Ainsi, contrairement au texte précédent, le dommage n'est pas limité à la valeur de l'objet livré. Ce n'est toutefois pas non plus la promesse faite qui limite le dommage à réparer[24]. Le vendeur doit bien plus réparer la totalité du dommage qui découle de sa

17 Mise en évidence de notre fait; sur ce texte, cf. not. Medicus, (n. 14), pp. 266s.

18 D. 19.1.31*pr*-1 (*Ner., lib. 3 Membr.*): "Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo tibi praestare debebo, ut *omne lucrum ac dispendium te sequatur*. 1. Et non solum quod ipse per eum adquisii praestare debeo, sed et id, quod emptor iam tunc sibi tradito servo adquisiturus fuisset"; sur ce texte not. Honsell, (n. 14), pp. 18s.

19 Sur ce texte, not. Honsell, (n. 14), pp. 168s.

20 Sur le manque à gagner de manière générale cf. not. K.-H. Below, Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht, Munich 1964.

21 Cf. avant tout Schermaier, (n. 15), n. 47, p. 1225; déjà Medicus, (n. 14), pp. 294ss; Honsell, (n. 14), pp. 174s; Kupisch, (n. 15), p. 1.

22 La mise en évidence est de notre fait.

23 Sur ce texte, cf. récemment et parmi d'autres L. Solidoro Maruotti, (D. 19.1.13*pr*.): vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore, Fides humanitas ius, Naples 2007, pp. 5269ss: "Si vero sciens reticuit et emptorem decepti"; ég. N. Donadio, La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti, Milan 2007, p. 271, n. 53 et la vaste littérature citée sur ce texte, ainsi que pp. 294ss; de même que N. Donadio, Garanzia per i vizi della cosa e responsabilità contrattuale, Kaufen nach Römischen Recht, Berlin/Heidelberg 2010, pp. 61ss, en part. pp. 67s.

24 P. Pichonnaz, L'obligation de réparer issue du contrat: réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO, RIDA 58 (2011), pp. 297ss, en part. p. 300.

mauvaise exécution. Comme nous l'avons indiqué ailleurs, la réparation va au-delà de la chose elle-même *parce que le vendeur a commis un dol*, et qu'il a trompé l'acheteur[25]. Les conséquences de son dol et donc son devoir de réparer peuvent ainsi s'étendre bien au-delà de la chose remise en exécution du contrat de vente; au Moyen-âge, on parlera d'*interesse extra rem* (cf. *infra*).

Certes, cette "obligation accessoire" du contrat de vente qui impose au vendeur "de ne commettre aucun dol" ("*purgari dolo malo*"[26]) est sanctionnée par l'action de la vente (*actio empti*), mais elle a en quelque sorte une "nature délictuelle" dans l'extension de cette responsabilité. Ce n'est plus la promesse contractuelle qui importe, mais bien la commission du dol (*dolus*)[27], qui est à la fois le fondement de l'obligation de réparer le dommage allant au-delà de la chose elle-même et les limites de la réparation, ou plutôt l'absence de toute limite à cette réparation "*omnia detrimenta*, quae ex ea emptione emptor traxerit". Il en va d'ailleurs de même lorsqu'un vendeur vend un esclave *fugitivus* qui ensuite convainc un autre esclave de l'acheteur de fuir avec lui (D. 19.1.13.2).

En effet, *le devoir de ne commettre aucun dol* fait partie des devoirs généraux de l'ordre juridique romain[28]. Dans notre cas, il n'est d'ailleurs même pas "concrétisé" spécifiquement par la volonté des parties, puisque dans l'hypothèse de Julien le vendeur ne paraît pas avoir promis quelque chose de spécifique (il n'y a ni *dicta*, ni *promissa*). La promesse des parties ou le contrat n'ont donc pas modifié le contenu du devoir de ne commettre aucun dol. Ainsi, le dol a plutôt été commis "à l'occasion" de l'exécution d'un contrat de vente; ce devoir n'a pas été vraiment *créé* par une promesse spécifique, par une promesse contractuelle.

(c) Une troisième approche de l'étendue du dommage réparable est marquée par une Constitution de Justinien de septembre 530 ap. J.-C. L'empereur limite l'ampleur de la réparation fondée sur l'*id quod interest* au "double de la quantité" ("*dupli quantitatem*") dans les cas où l'objet du contrat est "certain"; dans les autres cas, c'est la valeur réelle ("*re vera inducitur damnum*") qui est due par le défendeur condamné. Nous ne donnons ici que l'extrait initial, qui nous intéresse:

C. 7.47.1.1 (*Iust. a. Iohanni pp., a. 530, kal. sept.*)

Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices, qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod *re vera inducitur damnum*, hoc reddatur.

25 Idem p. 300.

26 Cf. D. 19.4.1 (*Paul., lib. 32 ad ed.*).

27 Cf. pour tous les autres Medicus, (n. 14), pp. 129s.; Honsell, (n. 14), pp. 83ss, en part. p. 93.

28 En matière de vente, cf. Paul, D. 19.4.1; ég. l'*actio de dolo*, not. U. Elsener, Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit, Bâle/Bruxelles 2004; ou sur *l'exceptio doli*, pour tous les autres, S. Abbet, De l'exceptio doli à l'interdiction de l'abus de droit, Zurich 2006; P. Pichonnaz, Les fondements romains du droit privé, Genève/Zurich/Bâle 2008, n. 2173; H. Honsell, Römisches Recht, Heidelberg 2010, pp. 45s.

Ce passage, abondamment discuté dans la littérature[29], est intéressant non seulement par la limitation qu'il pose, mais aussi indirectement par le principe qu'il sous-entend. En effet, si Justinien décide de limiter le dommage réparable au "double de la valeur de la chose", c'est d'abord parce qu'il admet que l'*id quod interest* peut aller bien au-delà de la chose elle-même (*circa ipsam rem*). Cela ressort d'ailleurs de la seconde phrase dans laquelle Justinien précise que si le contenu n'est pas une chose certaine, alors le juge doit apprécier "le dommage réel" à l'objet du contrat (*damnum re vera*). Il prend donc le contre-pied notamment du texte de Paul, qui limitait le dommage à la valeur de la chose et excluait la réparation du dommage consécutif à l'inexécution. Toutefois, en n'évoquant plus la question du *dolus,* comme le faisait Ulpien dans le texte discuté précédemment, il ne fait pas reposer cette extension sur le dol (sur l'aspect délictuel), mais directement sur la promesse (*id quod interest*) en lien avec la chose. Ulpien évoque toutefois un aspect similaire à la perspective de Justinien dans le texte D. 19.1.1*pr:* "hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est".

Justinien reprend ainsi l'idée selon laquelle *le dommage doit se fonder sur la chose*, mais sa limite peut aller au-delà de la valeur de la seule chose, si l'engagement pris par l'auteur du dommage le justifie, qu'il s'agisse de la promesse ou du dol de celui-ci. La seule limite était alors le double du prix, y compris en cas d'éviction[30].

2. La distinction fondamentale entre dommage *circa ipsam rem* et *extra rem*

La distinction entre un dommage *circa ipsam rem* et un dommage *extra rem* apparaît plus clairement à la moitié du XIIe siècle semble-t-il. L'opposition entre les deux expressions et donc le *locus* de la distinction est le plus souvent attribuée au glossateur *Martinus Gosia*[31], mais on la trouve dans divers manuscrits de l'époque. Ceux-ci donnent comme titre aux passages traités l'intitulé suivant: "*Interesse quandoque circa rem, quandoque extra rem spectandum est, item quandoque loco rei, quandoque loco pene*"[32]. On trouve également une mention dans la *Summa Trecensis* (7.31.2[33]), rédigée entre 1130-1159[34].

29 Cf. not. Schermaier, (n. 15), n. 48, p. 1227; Medicus, (n. 14), pp. 288ss; Honsell, (n. 14), p. 89; K.-H. Schindler, Justinians Haltung zur Klassik, Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen, Cologne-Graz 1966, pp. 259ss; Zimmermann, (n. 14), p. 828.

30 Cf. D. 19.1.44 (*Afr., lib. 8 Quaest.*).

31 Cf. pour tous les autres, H.U. Kantorowicz, Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings of the Twelfth Century, Cambridge 1938 (réimpr. avec ajouts par Peter Weimar, Aalen 1969), p. 90. La distinction a été reprise dans *Summa Trecensis* 7.31 (von H. Fitting, Summa codicis des Irnerius, Berlin 1894, pp. 250ss).

32 Cf. E. Schrage, Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters, in: Studies in Law and Economics (Studia PrawnoEkonomiczne) 83 (2011), pp. 191-203, en part. p. 198.

33 Fitting, (n. 31), passim; cf. Schermaier, (n. 15), n. 51, p. 1228; H.J. Wieling, Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch, Cologne/Vienne 1970, pp. 30s.

34 Sur la *Summa Trecensis*, cf. pour tous les autres Kantorowicz, (n. 31), pp. 146ss; v. H. Lange, Römisches Recht im Mittelalter, Glossatoren, vol. 1, Munich 1997, p. 405; ég. A. Gouron, L'auteur et la patrie de la *Summa Trecensis*, Jus commune 12 (1984), pp. 1ss, p. 37, qui retient que la première version (qui ne nous est pas parvenue) aurait été rédigée vers 1135, la deuxième vers 1140 et la troisième vers la fin des "années quarante". Sur le processus d'élaboration, cf. en outre A. Gouron,

Il y a ainsi, d'une part, l'intérêt *circa rem*, à savoir l'intérêt à la restitution de la chose elle-même ou sa valeur, et, d'autre part, l'intérêt *extra rem*, à savoir l'intérêt allant au-delà de la réparation de la valeur de la chose elle-même, mais portant sur le dommage consécutif au défaut, qu'il s'agisse du gain manqué ou du dommage effectif.

Comme l'a relevé *E. Schrage*, Martinus Gosia explicite l'expression *interesse circa ipsam rem* dans sa *distinctio*[35] de la manière suivante:

> Circa rem id quod interest spectatur, ueluti si uinum uel equus minimo pretio distractus est, uerbi gratia .x. et postea maioris pretii, ueluti .l. efficiatur. Id omne prestandum est quoniam saltim hodie dandum est: si enim datum esset, id omne emptor habiturus esset, ut in d.t. de acc. empt. et uend. l. Si sterilis ancilla [D. 19.1.21*pr*.], ideoque omnes utilitates que circa rem consistunt dicimus esse prestandas.

Contrairement à ce qui est parfois affirmé, ce n'est pas le dommage direct[36], mais bien tout l'intérêt lié à la remise de la chose qui est visé par l'expression *interesse circa rem.* Les intérêts sont donc aussi partie intégrante de l'*interesse circa rem*[37]. Mais surtout, la chose constitue effectivement la limite des dommages-intérêts, mais dans une perspective évolutive, de passage du temps. C'est la valeur de la chose au moment de la restitution et non au moment de la conclusion du contrat qui est ainsi déterminante.

La distinction est même plus claire chez un autre glossateur, Guillelmus de Cabriano, qui indique dans son *Casus Codicis ad* C. 7.41.1[38] que l'intérêt *circa rem* n'est pas le gain que j'aurais pu faire si la chose m'avait été livrée, mais uniquement le montant auquel j'aurais pu vendre l'objet (le vin): "Sed et si vinum venditum non tradidisti, non quicquid ex vino potui lucrari mihi praestabis … tantum quid circa rem meam interest, id est quanti potui vinum vendere". En revanche, le dommage *extra rem* va au-delà et couvre tout le dommage jusqu'au double de la valeur qui découle du dol:

> Si autem extra rem interesse petatur, quod tunc fit quando qui sciens pecus morbosum vendidit vel tignum iniunctum vel vas vitiosum vendidit, tunc interesse quia non circa rem vertitur ultra duplum porrigitur: tunc enim tenetur venditor seu locator ut prestet quantum intersit emptoris seu conductoris" (Mais si tu réclames l'intérêt *extra rem*, ce que l'on fait lorsque quelqu'un a vendu – le sachant – une pièce de troupeau malade, ou qu'il a vendu ou loué une poutre jointe ou un vase défectueux, alors il répond de plus que l'*interesse circa rem* et est condamné jusqu'au double, afin que le vendeur ou le bailleur réponde de l'*interesse extra rem* de l'acheteur ou du locataire)[39].

On le constate, cette distinction porte ainsi sur la différence entre le dommage lié à la chose, et le dommage consécutif au défaut en cas de dol. On peut dire qu'il y a ainsi une

L'élaboration de la "Summa Trecensis", in: Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino, t. 3, Naples 1985, pp. 3681-3696 (réimpr. in: A. Gouron, Etudes sur la diffusion des doctrines juridiques médiévales, Londres 1987, n. IV).

35 *Distinctio interesse quandoque*, n. 2 (Fitting, (n. 31), p. 251).

36 H. Dilcher, Die Theorie der Leistungsstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten, Francfort-sur-le Main 1960, p. 126.

37 Apparemment *contra* Schermaier, (n. 15), n. 51, pp. 1228s.

38 T. Wallinga (édit.), The "Casus Codicis" of Wilhelmus de Cabriano, pp. 547-548.

39 Idem, pp. 547-548, *ad* C. 7.41.1.

compréhension dynamique de la notion de *interesse circa rem*, mais qui ne couvre pas le dommage consécutif au défaut. Il n'y a toutefois pas encore ici de réflexion liée à la prévisibilité du dommage.

Chez les glossateurs, et surtout dans l'exemple précédent, le double semble aussi affecter l'*interesse extra rem*. Dans le commentaire de Paulus de Castro (env. 1360-1441), si la distinction entre intérêt *circa ipsam rem,* appelé intérêt *intrinsecus*, et intérêt *extra rem*, appelé intérêt *extinsecus*, demeure, la limitation au double ne paraît pas centrale pour le dommage *extrinsecus*, dès lors que l'acte qui le fonde est considéré comme un délit fondé sur une action[40]:

> § *Cum per venditorem.* Contra venditorem morosum in tradendo agitur ad interesse *intrinsecum*, non autem *extrinsecum*, sive consistat in lucro, sive in damno. *Hoc dicit et semper allegatur*. Dicitur autem intrinsecum, quod concernit precium rei venditae, si plus, vel minus salvit post moram, ut morosus teneatur quanti plurimi, vel minimi fuit a tempore mora: … Aliud autem interesse, quando precium non concernit, dicitur extrinsecum: et illud non venit, nisi quando non est dare instrinsecum, ut in casu *lex liber homo § finale de verb. oblig.* An autem venita interesse lucri? Dic, ut dixi in *l.3 § fin. De eo quod cert.loco*. Ultimo oppono quando veniat extrinsecum, ut *supra eo.l.Iul. in prin.* Solutio ibi venditor tradidit: et male, quia rem vitiosam, hic non tradidit, et maius reputatur delictum in faciendo, quam in non faciendo, ut *l. 2 et ibi nota ad Silla. In glossam.* (§ *Cum per venditorem.* On peut agir contre le vendeur en retard pour le transfert de la chose pour obtenir l'intérêt intrinsèque, et non pour l'extrinsèque, que celui-là consiste en un gain ou une perte. *C'est ce qu'on dit et qui est toujours allégué.* Et on dit qu'est "intrinsèque" ce qui concerne le prix de la chose vendue, et qu'elle valait en plus ou en moins au moment de la demeure. … Mais l'intérêt est autre quand cela ne concerne pas le prix; on parle d'intérêt extrinsèque. Et celui-là n'est pas dû, sauf lorsque l'intérêt intrinsèque n'est pas dû, comme dans le cas du texte D. 45.1.103. Mais est-ce que l'intérêt s'étend au gain? Il faut dire comme dans D. 13.4.3. Enfin, j'oppose quand l'intérêt extrinsèque vient, comme ci-dessus. La solution est la suivante. Ici le vendeur a transféré et il l'a mal fait, puisque la chose est affectée d'un défaut; là, il n'a pas transféré, et il est bien plus considéré comme ayant commis un délit en agissant qu'en n'agissant pas).

Nous ne pouvons traiter ici tous les auteurs du Moyen âge ou des temps modernes. Il suffit pour notre propos de faire le constat suivant: Notamment à partir des auteurs de droit naturel, la question de savoir s'il faut octroyer l'intérêt *circa rem* ou l'intérêt *extra rem* va être plus clairement mise en relation avec l'idée de promesse et ce que le promettant (débiteur) avait envisagé en promettant quelque chose. Cette notion de promesse contractuelle prend son essor avec Hugo Grotius (1583-1645); elle va influencer Puffendorf et, à travers lui et son traducteur Jean Barbeyrac, également Pothier. En effet, pour lui, c'est la volonté des parties qui détermine les contours de l'obligation, non seulement pour sa naissance, mais aussi lorsque celle-ci n'est pas exécutée[41].

40 P. de Castro, In secundam Digesti veteris partem Commentaria, ad § Cum per venditorem, Venitiis 1582, p. 123 recto et verso.

41 Ph. Le Tourneau, Droit de la responsabilité et des contrats, Paris 2008, n. 1036; J. Flour/J.-L. Aubert/E. Savaux, Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation, Paris 2009, n. 218.

Joseph-Robert Pothier (1699-1772) met ainsi en lien la notion d'intérêt *circa ipsam rem* et celle d'intérêt *extra rem,* qu'il appelle lui aussi "extrinsecus". Ainsi, dans son traité des obligations, il précise ce qui suit[42]:

> n. 160. Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et que ce n'est que par une simple faute qu'il n'a pas exécuté son obligation, soit parce qu'il s'est engagé témérairement à ce qu'il ne pouvait accomplir, soit parce qu'il s'est mis depuis, par sa faute, hors d'état d'accomplir son engagement; dans ces cas le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts *qu'on a pu prévoir, lors du contrat*, que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation; *car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci*[43].

Il poursuit en écrivant:

> n. 161. Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens. C'est pourquoi, dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, *mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation; damni et interesse, propter ipsam rem non habitam*[44].

La justification de la prise en compte de la prévisibilité du dommage pour la réparation est – selon Pothier – liée à la promesse (*propter ipsam rem*) qui fonde l'engagement de la partie au contrat, promesse qui définit (directement) les obligations de son auteur dans le cadre du contrat. Cette promesse constitue, d'une part, la base du contrat lorsqu'elle est acceptée; d'autre part, elle définit directement les contours de l'obligation qu'elle fonde.

Pothier poursuit alors en mettant en lien dommages-intérêts et limite au double du prix:

> n. 165. Il est évident que la réduction des dommages [p.144] et intérêts au double du prix de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, n'a d'application qu'à ceux qui *sont dus par rapport à la chose seulement;* et qu'elle n'en peut recevoir à l'égard de ceux que le créancier a soufferts *extrinsecùs* dans ses autres biens, lorsque le débiteur s'y est expressément ou tacitement soumis: *car ces dommages et intérêts n'étant pas dus pour raison de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive, ne peuvent se régler sur la valeur de cette chose; et ils montent quelquefois au décuple et plus de cette chose … .*

Ainsi, pour Pothier, la limitation à l'intérêt *circa ipsam rem* ("par rapport à la chose seulement") se justifie par la promesse du débiteur de livrer une chose; cette obligation ne porte que sur l'objet. Une obligation de réparer le dommage *extra rem*, "extrinsecus", ne se justifie que lorsque le débiteur a assumé cette promesse, expressément (c'est alors une clause de couverture d'un intérêt qui va au-delà de la chose elle-même) ou implicitement, parce que la promesse de livrer la chose contient, implicitement, l'acceptation de veiller

42 R.-J. Pothier, Traité des obligations, Paris 1821, n. 166, pp. 145s; nous utilisons ici l'édition de 1821 des Œuvres complètes de Pothier (nouvelle éd.), Paris (impr. de P. Didot, l'Aîné).

43 Idem, n. 160, p. 135 (La mise en évidence est de notre fait).

44 Idem, n. 161, pp. 135s. (La mise en évidence est de notre fait).

à ne pas causer de dommage supplémentaire; c'est la prise en charge du risque parce que l'on est un spécialiste (p. ex. un "tonnelier"). Il invoque à cet égard Dumoulin[45].

On voit poindre alors la notion de prévisibilité. D'ailleurs, un peu plus avant dans le Traité des obligations, Pothier indiquait:

> n. 160. Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol ... le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le débiteur est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci.

La prévisibilité ne joue toutefois plus de rôle dès que le débiteur commet un dol; dans ce cas, le débiteur répond de tous les dommages, même non prévus. Il y a alors une réparation *extra rem*, qui couvre le manque à gagner, avec une limitation liée à la causalité qui serait trop éloignée. Sous la plume de Pothier, cela se formule ainsi:

> n. 166. Les principes que nous avons établis jusqu'à présent n'ont pas lieu lorsque c'est le dol de mon débiteur qui a donné lieu à mes dommages et intérêts. En ce cas le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non seulement de ceux que j'ai soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, *propter rem ipsam*, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur doit être censé s'y être soumis: car celui qui commet un dol s'oblige, *velit, nolit*, à la réparation de tout le tort que ce dol causera; *Molin. ibid. n. 155*.
>
> Par exemple, *si un marchand m'a vendu une vache* qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive; mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion; *D.19.1.13*: car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage[46].

Pothier fait ainsi le lien avec la distinction médiévale entre *interesse circa ipsam rem* et *interesse extra rem*, tout en justifiant cette distinction par un lien à la notion-même de promesse. Le débiteur ne répond que de ce qu'il a promis, ce qui signifie qu'il répond de ce que qu'il a promis même implicitement, ce qui veut dire que le débiteur répond uniquement du dommage prévisible. Ce n'est ainsi qu'en cas de dol que le débiteur répond nécessairement au-delà de l'*intérêt circa rem ipsam*, pour assumer toutes les conséquences liées au dol, à savoir un *delictum in faciendo* comme le qualifie Paul de Castre.

3. La prévisibilité interprétée dans certains droits nationaux

Cette idée de la prévisibilité s'est ensuite concrétisée de manière différente en droit français, en droit belge, en droit suisse et en droit anglais.

45 Ch. Dumoulin (Molinaeus), Tractatus de eo quod interest, 1574, n. 60.

46 Mises en évidence de notre fait.

(a) En droit français, l'art. 1150 CCfr. dispose que "[l]e débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, *lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée*"[47]. L'essence même du contrat est ainsi respectée; on se fonde sur la prévisibilité du dommage du point de vue de celui qui s'engage par une promesse. En outre, lorsque "l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur", l'art. 1151 CCfr. limite alors les dommages et intérêts uniquement "à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé", en n'imposant la réparation que de "ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention".

Pour déterminer *le montant* des dommages-intérêts, il faut ainsi déterminer si le débiteur pouvait prévoir le type de dommage et l'ampleur de ceux-ci. C'est bien *la quotité du dommage* (et non pas seulement sa nature) qui doit être prévisible[48]. Il faut ainsi non seulement pouvoir imaginer la survenance d'un préjudice plus ou moins spécifique, mais encore l'ampleur du dommage. Cette idée est liée à la modération dont on veut faire preuve en matière de dommages-intérêts, à l'instar de Justinien et sa limite des dommages intérêts au double de la valeur de la chose[49]. De même, Pothier déclarait pour les dommages *extra rem*, que "l'on doit user de modération, lorsqu'ils se trouvent excessifs, et l'on ne doit pas condamner le débiteur au-delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter au plus haut"[50].

Un arrêt de 1998 de la Cour de cassation française[51] illustre bien cette idée de prévisibilité de la quotité du dommage: Au cours d'une escale, un couple qui participait à un voyage organisé en Italie se fit voler sa valise dans l'autocar. La valise contenait des bijoux d'une valeur supérieure à 200'000 francs français. La Cour d'appel condamne alors la société de transport à réparation. Appelée à se prononcer, la Cour de cassation commence par affirmer que la valeur du contenu d'une valise dépassant 200'000 francs français est généralement imprévisible pour une société de transport. En outre, ce n'est pas à cette dernière de se renseigner sur la valeur des bagages; un tel devoir reviendrait à renverser le fardeau de la preuve de l'obligation d'information.

La Cour nuance toutefois son point de vue; elle retient que dans le cas d'espèce le programme du voyage organisé permettait à la société de transport de prévoir que les voyageurs transporteraient des biens de valeur. Elle aurait dès lors pu imposer aux voyageurs d'en déclarer le prix. La société de transport doit ainsi réparer le dommage subi par ses clients, puisque la perte était prévisible.

47 La mise en évidence est de notre fait.

48 C.-E. Bucher, L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif, Paris 2011, n. 391; F. Terré /Ph. Simler/Y. Lequette, Droit civil, les obligations, Paris 2009, n. 564; Ph. Malaurie/L. Aynès/Ph. Stoffel-Munk, Les obligations, Paris 2011, n. 964.

49 C. 7.47.1.1 (*Iust., a. 530 ap. J.-C.*): "*hoc interest dupli quantitatem minime excedere*"; pour une présentation, cf. P. Pichonnaz, L'obligation de réparer issue du contrat – réflexions diachroniques à propos de l'art. 208 CO, in: P. Gauch/J.-B. Zufferey/J. Dubey/A. Previtali (édit.), L'Homme et son droit – Mélanges en l'honneur de Marco Borghi, Zurich 2011, p. 403; Schermaier, (n. 15), Vor § 275, n. 48 et les références.

50 Pothier, (n. 42), n. 165, p. 144.

51 Cass. 1ère Civ., 3 juin 1998, n de pourvoi 95-16887, *Bull. civ.* VI, n. 199, pp. 137ss.

En droit français donc, lorsque le transporteur ne peut pas prévoir que des montants importants sont contenus dans les valises qu'il transporte, il n'est tenu de réparer le dommage que jusqu'à concurrence de la valeur usuelle du contenu d'une valise de voyageur[52].

L'approche française consiste ainsi à exiger la *prévisibilité tant du principe que de la quotité du dommage*.

Les exemples suivants montrent que de déterminer ce qui est prévisible dans un cas d'espèce n'est pas toujours simple: Des époux avaient pris le train à Saint-Nazaire pour se rendre à l'aéroport de Paris-Orly d'où ils devaient partir en voyage à Cuba. Suite à un problème technique, le train arriva en retard et empêcha le couple de se rendre à temps à l'aéroport. Le couple demanda alors à la SNCF la réparation de son dommage, à savoir le remboursement des frais de voyage et de séjour, des frais de taxis et de restauration, des billets de retour, ainsi qu'un tort moral. Le montant s'élevait à plus de trois mille euros au total.

La Cour d'appel a jugé qu'il est prévisible pour la SNCF de savoir que les voyageurs qu'elle transporte ne sont pas arrivés à leur destination finale lorsqu'ils atteignent la gare d'arrivée. Cela vaut d'autant plus pour les gares parisiennes qui sont proches des aéroports. La Cour de cassation a toutefois cassé cette décision. Dans un premier temps, elle semble argumenter en faveur d'une différence de nature entre les responsabilités contractuelle et délictuelle (responsabilité contractuelle *qua* exécution par équivalent), mais elle revient ensuite sur l'identité de nature des deux responsabilités[53]. Elle analyse dès lors dans quelle mesure le dommage était prévisible et finit par conclure par la négative. Ainsi, aux yeux de la Cour, ni le lieu d'arrivée du train, ni le nombre d'aéroports situés à Paris sont propres à rendre le dommage prévisible. Cela exclut dès lors toute réparation du dommage subi par le couple à la suite du retard, en raison principalement d'une interprétation stricte de la notion de prévisibilité[54].

(b) Le Code civil belge de 1830 est la reprise du Code civil français, qui s'appliquait en Belgique depuis qu'elle fut française de 1797 jusqu'à l'indépendance en 1830[55]. Néanmoins, la jurisprudence belge a souvent fait preuve d'indépendance, donnant parfois une dimension propre aux dispositions du Code.

La conception française présentée ci-dessus semble plus judicieuse que celle adoptée en droit belge. En effet, tout comme en droit français, l'art. 1150 CCbel. limite la réparation du dommage à ce que les parties avaient prévu ou qu'elles auraient pu prévoir au moment de la conclusion du contrat[56]. La Cour de cassation belge estime toutefois, contrairement à la Cour de cassation française, qu'il n'est pas nécessaire que la *quotité* du dommage ait été prévue ou puisse avoir été prévue[57]. En d'autres termes, si le *type*

52 Terré/Simler/Lequette, (n. 48), n. 564; Le Tourneau, (n. 41), n. 1036.

53 M. Bacache, Le dommage prévisible: exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle?, in: Recueil Dalloz 2011, pp. 1725ss.

54 Ibid.

55 Gerkens, (n. 10), p. 96.

56 P. Wéry, Droit des obligations: Théorie générale du contrat, vol. 1, Bruxelles 2010, n. 560.

57 Idem, n. 560.

de dommage était prévisible, il doit être réparé, peu importe son étendue[58]. Ainsi, en cas de vol en cours de transport d'une valise contenant des objets coûteux (mais dont le propriétaire n'a pas fait mention), le dommage est considéré comme prévisible étant donné qu'il fait partie des risques typiques lors d'un transport. Le fait que l'étendue du dommage n'était pas prévisible (contenu insolite) n'est pas relevant pour la Cour de cassation belge. Dans l'exemple donné ci-dessus, le propriétaire de la valise pourrait ainsi obtenir une réparation jusqu'à concurrence de la valeur réelle du contenu de la valise, et non pas seulement pour la valeur usuelle du contenu d'une valise de voyageur[59].

(c) À l'inverse des droits français et belge, le droit suisse ne connaît pas d'article fondant explicitement le principe de la prévisibilité du dommage. L'appréciation du type et de l'ampleur du dommage à réparer en cas de violation du contrat se fait à la lumière de l'art. 43 CO (par renvoi de l'art. 99 al. 3 CO). Toutefois, sous le régime de l'ancien Code fédéral des obligations, l'art. 116 a CO déterminait le dommage réparable en fonction de la prévisibilité. Le législateur n'a en fait jamais vraiment voulu renoncer à cette idée[60].

Malgré l'absence de règles fondant l'idée de prévisibilité du dommage et de sa quotité, la jurisprudence suisse offre des exemples qui montrent que l'idée de prévisibilité est également appliquée en Suisse[61]: L'arrêt du 26 novembre 2003 du Tribunal fédéral suisse (la Cour suprême)[62] ressemble beaucoup à l'arrêt de la Cour de cassation française présenté ci-dessus: Une personne s'était inscrite pour une "croisière musicale sur la Moselle" de quatre jours. Environ dix minutes après l'installation dans les cabines, le compagnon de la personne inscrite avait informé l'organisateur que la valise de celle-ci avait été dérobée; elle contenait selon elle des vêtements et des bijoux pour une valeur supérieure à Frs 100'000. La compagnie assurant ses bagages lui a ensuite versé un montant de Frs 8'000 pour la dédommager, montant correspondant à la valeur usuelle d'une valise et son contenu.

La personne dont la valise avait été dérobée avait actionné l'organisateur en paiement de dommages-intérêts pour Frs 153'190.15, en se fondant sur la responsabilité de l'organisateur de voyage au sens des art. 13ss de la Loi fédérale sur le voyage à forfait (LVF). En effet, en vertu de l'art. 14 LVF, l'organisateur de voyage est responsable envers le consommateur de la bonne exécution du contrat, même s'il n'a commis aucune faute. Il s'agit donc d'une responsabilité objective simple. L'art. 15 al. 1 let. a LVF prévoit toutefois que l'organisateur n'est pas responsable lorsque l'inexécution ou l'exécution imparfaite du contrat est imputable à des manquements du consommateur. Le Tribunal suprême cantonal (Tribunal cantonal de Schaffhouse) avait reproché un tel manquement au consommateur, en considérant qu'il n'avait pas avisé l'organisateur de la valeur

58 Idem, n. 554.

59 Ibid.

60 Cf. H.-U. Brunner, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, th. Fribourg 1991, n. 248ss.

61 Sur ce qui suit, cf. not. P. Pichonnaz, *Le dommage contractuel et la question de la prévisibilité, De la spécificité de la violation contractuelle,* in: F. Werro/P. Pichonnaz (édit.), Le dommage dans tous ses états, Sans le dommage corporel ni le tort moral, Colloque du droit de la responsabilité civile 2013, Berne 2013, pp. 37ss.

62 ATF 130 III 182, JdT 2005 I 3.

particulièrement élevée de ses bagages. Pour la Cour, il s'agissait d'une faute grave en lien de causalité adéquate avec le dommage; elle a ainsi limité la réparation à la valeur usuelle du contenu d'une telle valise. La Cour cantonale a ainsi tenu compte d'une sorte de prévisibilité "objectivée" non seulement du type de dommage, mais également de son ampleur. On se retrouve alors dans une situation très proche de celle envisagée par la Cour de cassation française.

Le Tribunal fédéral suisse au contraire a relevé que d'après les propres indications de la voyageuse, rien ne laissait supposer que la valise contenait des choses de prix. L'organisateur ne pouvait pas non plus déduire du rapport juridique liant les parties que la valise renfermait des objets ayant la valeur alléguée en procédure, puisque le transport de la valise qui lui incombait constituait une obligation accessoire d'un contrat portant sur un voyage de quatre jours seulement. La voyageuse était donc tenue de veiller à ce que la valise ne soit pas manipulée comme un bagage ordinaire et devait attirer l'attention du défendeur sur son contenu spécialement précieux[63]. La Cour écarte toutefois l'effet de l'art. 15 al. 1er let. a LVF, considérant que seule une faute constituant une rupture du lien de causalité tombe sous le coup de cette disposition, ce qui n'est pas le cas de la faute reprochée à la voyageuse[64].

Cette approche du Tribunal fédéral est peu satisfaisante. Non seulement elle implique une approche du tout ou rien, mais elle complique la situation si l'on entend tenir compte dans la réparation du dommage d'un devoir d'annonce spécifique. Pour le Tribunal fédéral toutefois, ce n'est pas l'ampleur du dommage réparable qui est envisagé, mais uniquement son lien de causalité adéquate avec les obligations découlant du contrat de voyage à forfait[65].

Considérant qu'il n'y a pas rupture du lien de causalité adéquate, le Tribunal fédéral cherche toutefois à réduire le montant des dommages-intérêts en recourant à un principe général, concrétisé à l'art. 44 CO, qui permet de réduire l'indemnité en tenant compte de la faute concomitante de la voyageuse comme critère de réduction[66].

Cette approche est ainsi plus complexe que celle qui consisterait à tenir compte de la prévisibilité de l'ampleur du dommage. La réduction du dommage pour faute concomitante (le fait de ne pas avoir rendu attentif l'organisateur de la valeur de sa valise) repose sur une nouvelle obligation d'aviser de circonstances particulières. Le Tribunal fédéral aurait pu moduler plus facilement l'ampleur de la réparation en fonction de la prévisibilité.

(d) Nous aurions pu toutefois adopter une analyse comparable en lien avec le droit anglais et l'évolution du principe de prévisibilité subjective posé par l'arrêt *Hadley v*

63 ATF 130 III 182, c. 5.3.

64 ATF 130 III 182, c. 5.4, qui cite ég. ATF 127 III 453/457, c. 5d, JdT 2002 I 219*; ATF 123 III 306/314, c. 5b, JdT 1998 I 27*; ATF 121 III 358, c. 5, JdT 1996 I 66, c. 5; ATF 116 II 519/524, c. 4b, JdT 1991 I 634/640, c. 4b.

65 ATF 130 III 182/188, c. 5.4.

66 ATF 130 III 182/189, c. 5.5.1.

Baxendale du 23 février 1854[67]. Lord Hoffmann a souligné d'ailleurs avec justesse dans un arrêt de 2002 que:

> The rules which delimit what one is liable for may consist of causal requirements or may be rules unrelated to causation, such as the foreseeability requirements in the rule in *Hadley v Baxendale* ... But in either case they are rules of law, part and parcel of the conditions of liability. Once it is appreciated that the rules laying down causal requirements are ... creatures of the law, part of the conditions of liability, it is possible to *explain their content on the grounds of fairness and justice in exactly the same way as the other conditions of liability*[68].

Ce principe de prévisibilité subjective se retrouve dans le monde anglo-américain également, puisque le *Restatement (Second) of Contracts* du droit américain (1981) prévoit une formulation assez proche de *Hadley v Baxendale:* "§ 351: Damages are not recoverable for a loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made"[69].

4. Pour ne pas conclure: Quelques pistes pour interpréter l'art. 161 CESL

Pour délimiter le dommage contractuel, le législateur européen a fait le choix de reprendre la notion de *prévisibilité* dans le projet de Droit commun européen de la vente (art. 161 CESL). Certes, contrairement au droit français et aux droits d'inspiration de droit naturel, le contrat n'est plus conçu comme un échange de promesses, mais plutôt comme un accord des manifestations de volontés. Toutefois, nous l'avons vu, même dans ce dernier cas, le recours à la prévisibilité peut répondre au besoin de tenir compte de la nature contractuelle des dommages-intérêts et permet de simplifier le raisonnement, le rendant plus souple.

Certes, l'art. 161 CESL n'est pas une nouveauté. Tant la Convention des Nations-Unies sur la vente internationale de marchandises (art. 74 CVIM; CISG) que les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (art. 7.4.4 PICC[70]) prévoient une disposition similaire. Toutefois, contrairement au droit français et aux règles similaires, tous ces principes, de même que l'art. 161 CESL, ne distinguent pas la violation dolosive du contrat des autres cas de violation contractuelle; toutes sont soumises au régime de la prévisibilité.

67 *Hadley v Baxendale* (1854) 9 Ex 341, 156 ER 145: "[T]he damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally ... from such breach of contract itself, or such *as may be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it*" (*per* Alderson, B.).

68 *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*, [2002] UKHL 22 (20 juin 2002), [2002] 3 All ER 305, [2003] AC 32, *per* Lord Hoffmann, n. 54 (la mise en évidence est de notre fait).

69 Restatement (Second) of Contracts § 351 (1981).

70 "Le débiteur est tenu du seul préjudice qu'il a prévu, ou qu'il aurait pu raisonnablement prévoir, au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence probable de l'inexécution."

Comme le montre l'analyse historique, cette conception méconnaît la nature différente d'une violation contractuelle dolosive des inexécutions non dolosives. Le débiteur qui viole ses obligations en commettant un dol dans le cadre d'un contrat ne sera tenu que pour le dommage qu'il a prévu ou aurait pu prévoir, conformément à l'art. 161 CESL, alors que le même comportement dolosif commis hors du cadre contractuel impose une responsabilité pour tout dommage en lien de causalité naturelle et, selon les systèmes, adéquate. La solution retenue par le CESL nous paraît dès lors paradoxale. Elle est toutefois largement le résultat d'une "codification" de principes ou de dispositions limitées au domaine contractuel.

Le jubilaire a montré combien il est important de tenir compte d'une approche du droit romain qui tienne compte des diverses influences historiques, en particulier grecques. C'est dans cet esprit, qui doit aussi prévaloir dans l'analyse du droit contemporain, que nous lui dédions le présent article.

Abstract

The European Parliament has just approved a new set of optional rules for distance contracts of sale. Article 161 of the Common European Sales Law provides for a limitation of damages in respect of reasonably foreseeable losses suffered by the debtor. Pothier spoke of the notion of foreseeability of recoverable damages, which was based on Roman-law texts dealing with *interesse circa ipsam rem*, and developed in the Middle Ages when the important distinction between interest *circa ipsam rem* and interest *extra rem* was drawn. He brought together the idea of contract as an exchange of promises and the limitation of damages based on the object of the promise itself. Correctly excluding such limitation where losses were caused deliberately, he laid the foundation for the codification of natural law in this respect. However, the Pandectists' codifications discarded the foreseeability argument in favour of the concept of adequate causal link. Despite a more pandectistic concept of contract, modern principles have reverted to the foreseeability argument. Moreover, in Article 161 CESL the reason for excluding from the foreseeability limitation losses caused deliberately seems to have been forgotten. This contribution attempts to trace this historical evolution in order to provide a better understanding of the current position.

DE KOPER VAN ONROEREND GOED KRIJGT SLECHTS HET BEZIT GELEVERD. VERKRIJGENDE VERJARING? EEN VERGELIJKING TUSSEN HET KLASSIEKE ROMEINSE RECHT EN HET HUIDIGE NEDERLANDSE RECHT

A.J.H. Pleysier*

1. De casus[1] die aanleiding gaf tot onderstaande bespiegelingen was, enigszins gestileerd, als volgt. Eind 1972 is door de rechtsvoorganger van Leune Bouw BV een stuk grond verkocht aan de rechtspersoon Zuidplaspolder, een van de rechtsvoorgangers van het Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard.

De koopprijs is betaald. Partijen hebben toen afgesproken dat de Zuidplaspolder mocht bepalen wanneer de levering (naar ik aanneem: het transport, Pl.) zou plaats vinden en het stuk grond in gebruik mag nemen zodra hij dat zal verkiezen. De Zuidplaspolder heeft meteen, begin 1973, het stuk grond in gebruik genomen door daarop een gemaal te bouwen, bestratingen aan te brengen en het stuk grond te omheinen. De transportakte is nooit gepasseerd. Daardoor heeft nooit een correcte eigendomsoverdracht plaatsgevonden.

2. Het Hoogheemraadschap vraagt thans de notaris een verklaring betreffende acquisitieve verjaring op te stellen en in de openbare registers te schrijven. Die inschrijving is mogelijk op de voet van artikel 3:17 lid 1 sub i BW en artikel 37 lid 1 sub a en b Kadasterwet. Het Hoogheemraadschap claimt daarbij dat het (althans zijn rechtsvoorganger) door verjaring eigenaar is geworden als ononderbroken bezitter van het stuk grond gedurende twintig jaar. De curator van de inmiddels failliete Leune Bouw verzet zich tegen die verklaring, en stelt dat de eigendom nog steeds bij haar berust omdat, als de koop niet gevolgd wordt door een transport, de koper nooit bezitter kan worden behoudens interversie van houderschap in bezit zoals bedoeld in artikel 3:111 BW[2] ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, tenzij ten gevolge van

1 HR 9 september 2011, *LJN* BQ5989, *NJ* 2012, 312 (Muller q.q./Hoogheemraadschap van Schieland en de Krimpenerwaard) m. nt. Verstijlen.

2 Art. 3:111 BW. Wanneer men heeft aangevangen krachtens een rechtsverhouding voor een ander te houden, gaat men daarmede onder dezelfde titel voort, zolang niet blijkt dat hierin verandering is gebracht, hetzij ten gevolge van een handeling van hem voor wie men houdt, hetzij ten gevolge van een tegenspraak tegen diens recht. Vgl. het adagium *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, vgl. D. 41,2,3,19 en 41,2,19,1; art. 2240 CC en BBW en art. 592 van het BW van 1838.

* Voormalig wetenschappelijk hoofdmedewerker bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Leiden.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 719-728

een tegenspraak van diens recht. Anders gezegd: een enkele wilsverandering volstaat niet. Ondanks die bezwaren[3] meent de notaris over te kunnen gaan tot inschrijving in de openbare registers. Achteraf moeten wij zeggen dat hij aldus een belangrijke bijdrage aan de rechtsontwikkeling heeft geleverd.

3. De rechtbank geeft het Hoogheemraadschap gelijk. De rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap heeft de handelingen (evenals het betalen van de koopsom) verricht vooruitlopende op de levering. De rechtsvoorganger heeft op deze wijze het stuk grond als toekomstige eigenaar in bezit genomen als bedoeld in artikel 3:112 en 3:113 BW. Door het plaatsen van de omheining was het voor een ieder duidelijk dat de rechtsvoorganger van het Hoogheemraadschap dit stuk grond in bezit had genomen. Leune Bouw gaat in beroep.

4. In tweede aanleg luidt de uitspraak van het gerechtshof dat de aankoop van het stuk grond met het oog op de bouw van een gemaal, direct gevolgd door inbezitneming van het perceel met toestemming van de verkopers en door de daadwerkelijke bouw objectief dient te worden als uiterlijk zichtbare inbezitneming en het 'houden van een goed voor zichzelf'.

5. Ook de Hoge Raad verwerpt de stelling van Leune Bouw. Er kunnen zich, zo de Hoge Raad, gevallen voordoen dat de koper krachtens de rechtsverhouding met de verkoper gerechtigd is, vooruitlopend op de levering van het verkochte, zich de feitelijke macht te verschaffen en deze op zodanige wijze uit te oefenen dat naar de in het verkeer geldende opvattingen de koper moet worden beschouwd als bezitter van het verkochte. Het oordeel van het hof, dat tegen deze achtergrond moet worden begrepen, komt erop neer dat onder de gegeven omstandigheden sprake is van verkrijging van het bezit van het verkochte perceel door (de rechtsvoorganger van) het Hoogheemraadschap door inbezitneming.

I. Commentaar

6. In het gegeven geval zal koper wel afgezien hebben van een correcte eigendomsoverdracht om kosten[4] te besparen. Dezelfde problematiek ontstaat als weliswaar de transportakte is gepasseerd doch nog niet is ingeschreven. Ik vraag mij vervolgens af wat de curator in het faillissement van Leune Bouw tot zijn *move* bewogen kan hebben. Als hij succes gehad had, en de inschrijving van de verklaring van de notaris

3 Art. 37 lid 1 sub a Kadasterwet (1989) eist dat de betrokkenen met de inschrijving instemmen. Daarvan was in het gegeven geval uiteraard geen sprake. Sub b eist die wet in dit artikel subsidiair dat uit de aangehechte stukken blijkt dat de feiten genoegzaam aantonen dat de verjaring heeft plaatsgevonden. Aldus zette de notaris zich bewust of onbewust over de na te melden heersende leer-Eggens heen.

4 Er is een vrijstelling in art. 15 lid 1 sub c Wet Belastingen Rechtsverkeer voor de overdrachtsbelasting voor o.a. waterschappen. Die wet is in 1970 ingevoerd, dus geruime tijd vóórdat de onderhavige transactie plaatsvond. De oude Registratiewet 1917 kende zulk een vrijstelling voor de waterschappen in art. 101 lid 1 sub b niet. De Zuidplaspolder had zich dus vanuit fiscaal oogpunt niet aan dit gemankeerde transport hoeven te wagen.

was 'waardeloos', wat dan verder? Had hij werkelijk gedacht dat hij de grond met succes kon vindiceren?

7. In het onderstaande zal ik de oplossing van de vraag of het Hoogheemraadschap *possessio* of *detentio* had verkregen naar klassiek Romeins recht en naar huidig recht achter elkaar bespreken.[5]

II. Romeins recht

8. De onderhavige casus is daarom extra interessant omdat hij ons onmiddellijk doet denken aan een koper die onder het klassieke recht *a domino* een *res mancipi*, in het bijzonder een *fundus italicus,* niet bij wege van *mancipatio* of *in iure cessio,* doch slechts bij wege van *traditio* verkregen heeft. Zo iemand weet zeker dat hij geen civiel eigenaar is. De *praetor* echter faciliteert de levering van een *res mancipi* bij wege van een eenvoudige *traditio*. Mocht de vervreemder het in zijn hoofd halen zich op zijn civiele eigendomsrecht te beroepen en tegen zijn koper de revindicatie in te stellen, dan zal de koper tegen hem de *exceptio* (eventueel *replicatio*) *rei venditae et traditae* kunnen opwerpen.[6]

9. De koper zal, naast de bescherming *ope exceptionis*, óók nog eens door verjaring de eigendom kunnen verkrijgen. Niet te kwader trouw immers is degene die een *res mancipi* door *traditio* verkregen heeft.[7] Dat resulteert in korte verjaringstermijnen, voor een *fundus italicus* in het klassieke recht slechts twee jaar![8]

10. Er is nog een tweede fenomeen in het Romeinse recht dat hier onze aandacht vraagt. De verkoper is niet verplicht tot het verschaffen van eigendom aan de koper, maar slechts tot het verschaffen van het bezit en het instaan voor uitwinning.[9]

5 Zie voor het verband tussen bezit te kwader trouw en verjaring J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, diss. Groningen/Den Haag, 2011. De onderhavige casus wordt door hem besproken in: 'Bezitsverschaffing naast levering van registergoederen? Enige opmerkingen en mededelingen bij HR 9 september 2011, *LJN* BQ5989 (Muller q.q./Hoogheemraadschap Schieland en Krimpenerwaard)' in: *NTBR* (2012) nr. 4 blzz. 8-21. Dit artikel kwam mij onder ogen toen ik mijn na te noemen bijdrage in het *JBN* geschreven had. Mede voor de fiscale aspecten zie J.C. Van Straaten, 'Economische eigendom-bezit-verjaring-overdrachtsbelasting', in: *WPNR* 6908&9 (2011) blzz. 980-984 en 997-100. Het arrest is door mij besproken in 'Koper wordt bezitter ook als de leveringsakte nimmer gepasseerd', in: *Juridische Berichten voor het notariaat* (*JBN*) februari 2013 blzz. 3-5).

6 M. Kaser, *Romeins Privaatrecht*, vertaald door F.B.J. Wubbe, Zwolle, tweede druk 1971, par. 22 II 2 b en par. 27 IV. Het behoeft geen betoog dat het hele probleem zich in het Justiniaanse en dus gerecipieerde recht niet voordoet. Daar is immers ook voor onroerend goed *traditio* de leveringsvorm.

7 Kaser-Wubbe par. 25 II e.

8 De *longi temporis praescriptio* van tien of twintig jaar, die net als bij ons art. 3:105 BW óók een acquisitieve verjaring impliceert, diende ter bescherming van 'eigenaren' van grond in de provincie alsmede perigrinen.

9 D. 19,1,36 (Paulus): *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominus, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat ...* . Als ik probeer deze tekst onbevooroordeeld te lezen zou ik overigens zeggen dat die tekst weliswaar te rijmen is met die leer maar dat hij tot die leer niet dwingt.

III. BW van 1838

11. Nodig is op grond van artikel 971 een (eventueel onderhandse) transportakte die ingeschreven is in de openbare registers.[10] De genoemde Romeinse verplichting van de verkoper staat nog steeds in het BW van 1838.[11] Onder het oude recht werd echter algemeen aangenomen dat de verkoper óók de verplichting had de koper de eigendom te verschaffen.[12] Zo staat het dan ook in het thans geldende BW.[13] Dat neemt echter niet weg dat de verkoper ook onder het oude recht nog steeds de verplichting heeft de koper het bezit te verschaffen, uiteraard tenzij partijen anders afspreken.

Enige andere aspecten van het BW van 1838 komen aan bod in de volgende paragrafen.

IV. Huidig Nederlands recht

12. Ook naar huidig recht is het Hoogheemraadschap geen eigenaar geworden. Bij ons is immers, gelet op artikel 3:89 BW, een notariële transportakte nodig die ingeschreven is in de openbare registers. Het Hoogheemraadschap is dus aangewezen op verjaring, en wel op de bijzondere verjaring van artikel 3:105 BW.[14] Zoals wij zullen zien kan de gewone verjaring van artikel 3:99 BW hier geen rol spelen. Gelet op artikel 7:9 lid 1 en 2 moet de verkoper in beginsel óók het bezit verschaffen.[15]

V. Wordt het Hoogheemraadschap *possessor*?

13. De meest klemmende vraag die in onze casus rijst is of het Hoogheemraadschap houder of bezitter[16] is geworden. Is het Hoogheemraadschap slechts houder, dan voldoet het niet aan het vereiste van bezit van artikel 3:105, en kan dus nimmer door verjaring eigenaar worden. Velen zijn van oordeel dat in casusposities als de onderhavige inderdaad

10 Sinds 1956 is een notariële transportakte verplicht, vgl. art. 971a van het oude BW. Voor het – nog steeds – onheldere beeld van wat de leveringsakte nu eigenlijk voorstelt zie mijn artikel 'Iets over het notariaat en de transportakte sinds 1 oktober 1838', in: *Notariaat en 150 jaar BW*, Zwolle, 1988, blzz. 89-97.

11 Art. 1528 Oud BW. Hij heeft twee hoofdverpligtingen, namelijk om de verkochte zaak te leveren, en dezelve te vrijwaren. Zo ook art. 1603 CC en BBW.

12 HR 4 februari 1983, *NJ* 1984, 628, AA 1983, blz. 611 (Ansink-Canjels).

13 Art. 7:9 BW 1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen.

14 Art. 3:105 BW 1. Hij die een goed bezit op het tijdstip waarop de (extinctieve, Pl.) verjaring van de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit wordt voltooid, verkrijgt dat goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw.

15 Art. 7:9 BW 1. De verkoper is verplicht de verkochte zaak met toebehoren in eigendom over te dragen en af te leveren ... 2. Onder aflevering wordt verstaan het stellen van de zaak in het bezit van de koper.

16 Ik ga voorbij aan het feit dat het huidige BW in art. 3:107 de begrippen houderschap en bezit stuivertje heeft laten wisselen waarbij houderschap het *Überbegriff* geworden is. In deze bijdrage bedoel ik met 'bezit' oftewel *possessio* bezit-voor-zichzelf en met 'houderschap' oftewel *detentio* bezit-voor-een-ander.

sprake is van houderschap in de zin van bezit-voor-een-ander (*detentio*). Vaak beroept men zich hier een bijdrage in het *WPNR* van Eggens.[17]

Bezitsverschaffing en eigendomsoverdracht gaan daarbij zoveel mogelijk hand in hand. Het staat de eigenaar niet vrij het bezit los van de eigendom aan een ander over te dragen. Dit is sindsdien een dogma geworden óók bij hen die bij andere onderwerpen niet zonder meer de knie voor Eggens bogen. Men kan wel zeggen dat deze mening thans de meest aangehangen leer is.[18] Niet erg duidelijk is daarbij hoe het zijn van *detentor* zich verdraagt met de wil van partijen als die op bezitsverschaffing gericht is.

14. Onder het oude recht stelde Scholten zich op het standpunt dat bezitsverschaffing van een huis mogelijk was door sleutelafgifte.[19] Het Sint Maarten-arrest[20] ging voor het geval van een koper die, zoals op het eiland Sint Maarten gebruikelijk, slechts een *receipt* had ontvangen uit van *possessio*.[21]

15. Zou het Hoogheemraadschap slechts *detentor* zijn, dan zou het akelige gevolg zijn dat het op geen enkele wijze door verjaring kan verkrijgen en dat dus de eigendom nog steeds berust bij de verkoper of diens rechtsopvolgers. Waarschijnlijk zal het die verkoper uiteindelijk niet lukken de grond van het Hoogheemraadschap terug te eisen, ook al kennen wij formeel de *exceptio rei venditae et traditae* niet meer.[22] Het Hoogheemraadschap zou zijn *actio empti* (om het zo Romeinsrechtelijk te zeggen) tegenover de revindicatie kunnen stellen: de rechtsvoorganger van Leune Bouw heeft immers niet aan zijn verplichting tot eigendomsverschaffing voldaan. Maar die actie is door verjaring tenietgegaan; de termijn was toen 30 jaren (art. 2004 BW van 1838). De

17 J. Eggens, 'Het recht van bezit kan niet als zoodanig overgedragen worden', in: *WPNR* 3095&6 (1929) in het bijzonder blz. 242 noot 7. Deze gedachte komt al voor bij H.P.J.M. Coebergh, 'Artikel 1995 BW en de overdracht van het bezit van onroerend goed', in: *WPNR* 2968 (1926) blz. 592 r.k. en later bij Th. A. Versteeg, zie 'Verslag discussie met G. de Grooth tijdens de algemene vergadering van de Broederschap der Notarissen in 1955', weergegeven in: *Correspondentieblad van de Broederschap der Notarissen in Nederland*, deel 58, 1955, blzz. 297-303, blz. 299 noot 1.

18 In lijn met de leer-Eggens nog recentelijk Hof Arnhem 10 juni 2003, *LJN* AO5882, *NJ* 2004, 155. *De Parlementaire geschiedenis* Boek 3, blzz. 410, 444-445, 448 en 450 acht het echter mogelijk dat vóór de inschrijving van de transportakte in de openbare registers de koper al in het bezit wordt gesteld door *traditio clavium.*

19 Asser-Scholten, *Zakenrecht*, Zwolle, 8e druk 1945, blz. 62. zo ook H. Beekhuis in de 12e druk (Zwolle, 1985), zie nr 208 en nr 184. Jaap Heima acht het verdedigbaar bezitsverschaffing aan te nemen vóórdat de juridische levering voltooid is, indien de vervreemder de sleutels aan de koper afgeeft nadat de transportakte is opgemaakt. Zie Jac. Hijma, Asser 7 1* (voorheen 5-1), *Koop en ruil*, Deventer, 8e druk 2013 nr 297. In de praktijk krijgt de koper na het passeren van de transportakte meteen de sleutels, hoewel die akte pas na enige dagen wordt ingeschreven, en derhalve pas dan de eigendom overgaat.

20 HR 13 maart 1981 *NJ* 1982 no. 57 m. nt. WMK.

21 Zie daarover mijn bijdrage "Enige dogmatische en historische beschouwingen over de vereisten voor verkrijgende verjaring in het nieuwe Burgerlijk Wetboek", in: *Conservare jura. Actes des Journées internationales du droit et des institutions, van de Société Internationale d'Histoire du Droit et des Institutions des pays Flamands, Picards et Wallons* (Deventer, 28-31 mai 1978), Deventer, 1988, blzz. 151-165.

22 De Engelse *estoppel* kennen wij al evenmin.

rechter zou daar mogelijk een mouw aan passen door toepassing van het leerstuk van het misbruik van recht en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van de artikelen 3:12 en 13 alsmede 6:2 lid 1 en 6:248 BW. Maar dat lijkt me een *ultimum refugium* met onzekere uitslag.

In het onderhavige geval echter heeft de Leune Bouw geen revindicatie, die is allang extinctief verjaard net, als gezegd, de *actio empti* van het Hoogheemraadschap. Maar of het Hoogheemraadschap door het afweren van de revindicatie van de verkoper zelf eigenaar geworden is, dat is een volgend probleem. Me dunkt van niet. De toestand uit het BW van 1838 (waar artikel 3:105 BW niet bestond) keert dus hier terug. De verkoper als – formele – eigenaar blijft eigenaar doch verliest zijn revindicatie, de koper krijgt geen eigendom en heeft dus óók geen revindicatie. Zou een derde het Hoogheemraadschap storen, dan kan zich het derhalve tegenover die derde niet beroepen op zijn eigendom.[23] In de sfeer van bezit en onrechtmatige daad echter zal in dat geval het Hoogheemraadschap voldoende rechtsmiddelen tegen die derde hebben.

16. De Hoge Raad had terug kunnen keren naar het 'grote beginsel van het Romeinse recht'[24] en aan het Hoogheemraadschap de positie van *possessor* door *traditio* kunnen geven. Ons hoogste rechtscollege houdt zich aan de voorzichtige kant door aan te sluiten op een al veel eerder[25] geopperde hulpconstructie. De Hoge Raad acht het in het gegeven geval namelijk mogelijk dat het Hoogheemraadschap het bezit weliswaar niet verkregen heeft door *traditio*, maar wel door *occupatio.*

Maar, zo vraag ik me terzijde af, is *occupatio* onder de ogen van, en met toestemming van de eigenaar eigenlijk geen *traditio*? En hoort eigendomsverkrijging door *occupatio* eigenlijk niet bij een roerende *res nullius*?

17. De Hoge Raad lijkt in het gegeven geval haast gedwongen te oordelen dat het Hoogheemraadschap *possessor* van de grond was. De consequenties van de leer dat het *detentor* geworden zou zijn zouden voor het Hoogheemraadschap, dunkt ook mij, ongewenst zijn geweest ook al hoeven wij weinig meelij op te brengen voor een koper die, om belastingen te omzeilen, desbewust genoegen heeft genomen met alleen maar

23 Op grond van art. 3:119 lid 2 BW kan het Hoogheemraadschap zich tegenover de ware eigenaar niet beroepen op het vermoeden van lid 1 van dat artikel dat de bezitter ook gerechtigde is.

24 De term is destijds door de Minister van Justitie Van Maanen gebruikt toen in het BW van 1838 de eigendom niet meer, zoals in de CC, alleen door het koopcontract overging maar een leveringshandeling, i.c. de overschrijving van de transportakte, nodig was. Zie J.J.F Noordziek, *Geschiedenis der beraadslagingen gevoerd in de Tweede Kamer der Staten Generaal,* ('s-Gravenhage 1823/4) II blz. 7 en E.M. Meijers, 'Levering en onderliggende rechtsverhouding (*causa*)', in: *WPNR* 2853 (1924) blz. 459. Wij zijn daarbij, zo de minister, teruggekeerd tot het groote beginsel des Romeinschen en echt vaderlandschen regts, dat de eigendom van onroerende goederen niet door overeenkomsten maar door transport overgaat; welk beginsel in het vervolg zoo rijk aan resultaten zal zijn en aan het verderfelijke tegenovergestelden systema des Franschen regts den bodem inslaat. (De minister verloor daarbij overigens uit het oog dat in het gerecipieerde Romeinse recht als leveringshandeling slechts een *traditio* en geen bijzondere leveringsvorm als een transportakte nodig was. Wat er allemaal in het Oudvaderlandse recht rechtens was laat ik hier onbesproken). Ook het huidge Franse recht laat ik onbesproken.

25 In het gemelde artikel van Coebergh, 'Artikel 1995 BW en de overdracht van het bezit van onroerend goed' cit., blz. 590.

feitelijk bezit en aldus een juridisch moerassige toestand heeft laten ontstaan. Het Hoogheemraadschap had, wilde het alsnog de eigendom verkrijgen, slechts een (uiteraard concurrente) vordering tot levering tegen de (rechtsopvolger van de) verkoper. Maar die actie was, als gezegd, verjaard en Leune Bouw was inmiddels failliet! Denk verder eens aan het probleem dat het Hoogheemraadschap, als het geen eigenaar geworden is, en de grond zou bij hem gevindiceerd kunnen worden, maar moet zien een vergoeding uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking op de voet van artikel 6:212 BW te krijgen voor de werken die het op de grond heeft opgericht.

In die gevallen waarbij het aan een fout van de notaris zou liggen dat vervolgens de eigendom niet overgaat zou het nog aantrekkelijker zijn de koper het bezit te gunnen.

18. Tot zover enige bespiegelingen over de beschermingswaardigheid van het Hoogheemraadschap. Over de positie van de curator kunnen wij kort zijn. De verkoper heeft destijds de koopprijs gekregen en zijn rechtsopvolger moet, kort gezegd, niet zeuren.

19. Het is echter allerminst zeker dat ons hoogste rechtscollege in alle gevallen van een mislukt transport, of het ontbreken van een transport, de verkrijger als *possessor* zal kwalificeren. Er kunnen zich, zo de Hoge Raad, gevallen voordoen dat de koper krachtens de rechtsverhouding met de verkoper gerechtigd is, vooruitlopend op de levering van het verkochte, zich de feitelijke macht te verschaffen. Maar er kunnen zich, zo vul ik aan, óók gevallen voordoen dat zulks niet het geval is.

VI. Kan het Hoogheemraadschap als *bona fide possesor* door verjaring verkrijgen?

20. Stel we moeten aannemen dat het Hoogheemraadschap wel degelijk *possessor* is. Dan komen we aan het volgende probleem toe. Volgens artikel 3:118 lid 1 BW[26] is in het gegeven geval Hoogheemraadschap niet te goeder trouw, anders gezegd: te kwader trouw.[27] Er is dus geen redden meer aan: voor de gewone verjaring is bij ons *bona fides* nodig. Het Hoogheemraadschap kan daarom niet verkrijgen door de gewone verjaring van artikel 3:99 lid 1 BW, op grond van welk artikellid voor onroerend goed een termijn van tien jaren geldt. Vandaar dat, als gemeld, een beroep wordt gedaan wordt op de bijzondere verjaring van artikel 3:105 BW. Nog een geluk dat het Hoogheemraadschap langer dan twintig jaren bezit!

21. Opmerkelijk daarbij is dat het Hoogheemraadschap gegeven de eufemistische terminologie van de wet in het weinig verheffende gezelschap terecht komt van twee andere typen van bezitters te kwader trouw: degene die 'landjepik' heeft gepleegd en degene die willens en wetens van een *non dominus* heeft gekocht.

26 Art. 3:118 lid 1 BW: Een bezitter is te goeder trouw, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen.

27 Zie over het eufemistische gebruik van 'niet te goeder trouw' voor 'te kwader trouw': art. 3:121 BW. De oudere, eerlijker terminologie is nog steeds alom te horen. Zie bijvoorbeeld J.E. Jansen, *Bezit te kwader trouw, verkrijgende en bevrijdende verjaring*, cit.

VII. Vergelijking van de twee rechtstelsels

22. In het klassieke Romeinse recht is degene die door *traditio* op grond van koop een *res mancipi* heeft verkregen dan wel geen eigenaar geworden maar dan toch wel bezitter te goeder trouw. In het Nederlandse recht is degene die bij wege van *traditio a domino* heeft verkregen ofwel slechts *detentor* of, als we die *traditio* ombuigen tot *occupatio,* op zijn hoogst bezitter, en wel te kwader trouw. En dat resulteert hier, gelet op artikel 3:306 BW, in een termijn van twintig jaar.

Vooral de onzekerheid of een koper die slechts door middel van *traditio* een onroerend goed heeft verkregen bezitter-voor-zichzelf is geworden vormt een belangrijk nadeel van het huidige onroerende goederenrecht ten opzichte van het Romeinse recht. Dat die koper te kwader trouw is, betekent een langere verjaringstermijn, maar dat vormt geen wereld van verschil met het Romeinse recht waar die termijnen ook nogal varieerden.

Ook in deze casus worden wij op onaangename wijze geconfronteerd met het feit dat wij de *exceptio doli* (en zijn soortgenoten als de *exceptio rei venditae et traditae*) niet kennen.

23. Toch moeten wij oppassen zonder meer het huidige recht inferieur te achten aan het klassieke Romeinse. De *praetor* greep destijds in omdat *mancipatio* en *in iure cessio* als obsoleet beschouwd werden. Bij ons vormde het vereiste van de inschrijving van een (in het huidige BW: notariële) akte in de openbare registers een stap vooruit op het 'verderfelijk systema des Fransen rechts' waarbij het koopcontract voor de eigendomsovergang volstond, ingeschreven of niet. Verjaring door een koper die slechts het bezit van een onroerend goed heeft verkregen geeft zeker registervervuiling, maar daar staat tegenover dat in het thans geldende BW die koper een notariële verklaring van verjaring kan doen inschrijven.

VIII. Betekenis van deze uitspraak voor de economische eigendom

24. Het begrip economische eigendom[28] is lastig in het civielrechtelijke systeem in te passen. Er zijn vele varianten. Voor zover van belang voor onze casus zou ik onder economische eigendomsoverdracht willen verstaan het geval dat de koper weliswaar de eigendom niet verschaft krijgt, maar de zaak, kort gezegd, voor zijn rekening en risico is en hij de lasten moet dragen. Het onderscheidend kenmerk met onze casus is dan dat het de bedoeling is dat de betaling van de overdrachtsbelasting wordt uitgesteld bijvoorbeeld totdat de koper op zijn beurt een koper heeft gevonden. Transport vindt dan plaats van de oorspronkelijke verkoper op de uiteindelijke koper. Er is dan maar een keer 6% overdrachtsbelasting verschuldigd. Verstijlen[29] is van mening dat zulk een economische eigendomsoverdracht van onroerend goed een raamwerk van verbintenisrechtelijke

28 Zie W.G. Huijgen, *Economische eigendom, studiepockets privaatrecht*, deel 50 Zwolle, 1995 en A.A. van Velten, *Kopers en economisch eigenaars van onroerend goed*, Deventer, 1982. Voor de fiscale aspecten in dit verband J.C. Van Straaten, 'Economische eigendom-bezit-verjaring-overdrachtsbelasting', in: *WPNR* 6908&9 (2011) blzz. 980-984 en 997-100.

29 In zijn noot op ons arrest onder de alinea's 6 en 7 van die noot.

afspraken behelst die ten gevolge hebben dat de economische eigenaar niet snel als bezitter kan worden aangemerkt.

Wij moeten bij dat alles bedenken dat wij waarschijnlijk met een uitstervend probleem te maken hebben. Voordat je het weet valt een casuspositie als de onze, waarbij alleen maar het bezit verschaft wordt, tegenwoordig toch onder de overdrachtsbelasting, omdat de hele constructie sinds 31 maart 1995 door de wet als een economische eigendomsoverdracht beschouwd wordt, die op gelijke voet met een transport met 6% belast is.[30] Sindsdien is dit type economische eigendom in onbruik geraakt.

IX. Overige fiscale aspecten

25. De fiscus zal bij dit arrest sip gekeken hebben. Uiteindelijk heeft de notaris met zijn stoutmoedige verklaring in het onderhavige geval gelijk gekregen en dat betekent in potentie dat zeer vele alleen-maar-bezitters, in stede van alsnog de eigendom aan zich te laten overdragen, zich op verjaring beroepen. Op overdracht staat 6% overdrachtsbelasting,[31] verjaring is belastingvrij.[32] Dat kan een forse belastingderving voor de fiscus opleveren.[33] Maar, als gezegd, het is een uitstervend probleem.

Slotwoord

26. Het bovenstaande vormt op zijn hoogst een actualiserende benadering van het Romeinse recht,[34] maar eigenlijk is het zelfs dat niet: het gaat immers niet over de vraag wat het Romeinse recht ons kan leren over de geschiedenis van de rechtsfiguur die ons bezighield. Het is eerder eenvoudigweg een voorbeeld van rechtsvergelijking zonder dat aan bod komt of en in hoeverre en langs welke weg de latere rechtsfiguur afstamt van de eerdere. De *salto mortale*[35] waarvoor elke Romanist zich moet hoeden, waarbij meteen van Justinianus (of erger nog: van het klassieke recht) naar het heden wordt gesprongen doet zich hier dus niet voor.

27. Het nut van zelfs zulk een simpele vergelijking met het Romeinse recht is dat het ons er met de neus op drukt dat we het wiel niet telkens opnieuw hoeven uit te vinden: heel vaak hebben de Romeinen dat al gedaan. Wij kunnen inderdaad een tijdloze schatkamer van ideeën betreden – en als die kamer érgens schatten bevat, dan wel voor (wat ik toch nog maar noem) het zakenrecht. En dan, vervolgens, kunnen wij misschien constateren dat ons de Romeinse constructie van, kort gezegd, het praetorisch eigendom

30 Art. 2 lid 2 Wet belastingen rechtsverkeer (WBR).

31 De notarissen hebben voorgesteld een algemeen pardon te verlenen aan economische eigenaren van onroerend goed, die weliswaar niet de eigendom verkregen hadden maar wel de feitelijke heerschappij voerden. De overheid heeft intussen laten weten dat niet te zullen doen. (Mededeling van J.E. Jansen).

32 Art. 3 lid 1 sub a (WBR).

33 J.E. Jansen, *Bezitsverschaffing naast levering van registergoederen?*, cit., noot 50.

34 Vgl. L.C. Winkel, '*Variis modis bene fit*', in: *De Digesten en de receptie van het Romeinse recht in het Nederlandse privaatrecht*, Nijmegen, 2009 blz. 3.

35 Het woord is van Kaser. Zie Theo Veen en Dirk Heirbaut, 'Interview met R. Feenstra', in: *Pro Memorie, Bijdragen tot de rechtsgeschiedenis der Nederlanden*, jaargang 5 afl. 1 (2003) blz. 29.

in het gegeven geval niet kan helpen, zoals in casu waar die constructie in een geheel andere context is ontstaan. Maar zelfs dan geldt, zo zou ik zeggen: eerst kijken hoe de Romeinen het hebben gedaan.

Abstract

A person who, under classical Roman law, purchased a *res mancipi a domino* and received it by mere *traditio* could rely on and plead the *exceptio rei venditae et traditae* against the seller. He was considered to be a *possessor*. He was not in bad faith, although he knew that he had not acquired ownership and he could therefore acquire ownership by prescriptive acquisition (*usucapio*). He did not have to have recourse to *longi temporis praescriptio.* It is uncertain whether in Dutch law the same person is classified as a *possessor* or as a *detentor*. If the judge considers him to be a *possessor* he is nevertheless in bad faith,[36] and therefore has to have recourse to the equivalent of the *longi temporis praescriptio* contained in article 3:105 BW.[37] The uncertainty whether such a person may make use of article 3:105 BW at all forms a weak point in our legislation. The fact that he is, at best, a *mala fide possessor* makes his position less comfortable than the equivalent position in Roman law. The absence of an *exceptio doli* (and the derivates like the *exceptio rei venditae et traditae*) or a form of estoppel in our code (and in his predecessors) seems regrettable also in this case. All in all there is less reason under Dutch law to protect a person who has purchased an immoveable thing and recieved it by mere *traditio*. That his position under modern law is weaker is understandable. Unlike the obsolete *mancipatio* and *in iure cessio* the requirement of a notarial deed followed by its entry in the public registers forms a useful legal instrument that enhances legal certainty.

36 Art. 3:118 sub 1 BW *a contrario*. A possessor who believes himself to be the title-holder and is reasonably justified in that belief, is a possessor in good faith. (Translation of the articles of the BW: P.P.C. Haanappel and Ejan Mackaay, *New Netherlands Civil Code – Patrimonial Law*, Deventer/Boston, 1990.)

37 Art. 3:105 BW. A person who possesses property at the time when the right to terminate possession has prescribed, acquires the property even if his possession was not in good faith.

ECONOMIC CRISIS AND *SENATUS CONSULTUM ULTIMUM* (48 AND 47 BC)

Attila Pókecz Kovács* **

In the second half of the first century BC, civil wars triggered by the confrontation between Caesar and Pompeius led to a serious economic, social and political crisis in Rome.[1] Consequently, armed insurrections broke out in Rome, which the Roman magistrates had to make a determined effort to suppress. Because Caesar was absent from Rome campaigning against Pompeius, it was the senate and the magistrates in Rome who had to resolve the conflicts. The senate was twice forced to declare a state of emergency (*senatus consultum ultimum*) that authorised the consul and the *magister aequitum* to restore order.

Before we turn to the bills of M. Caelius Rufus (48 BC) and P. Cornelius Dolabella (47 BC) on the cancellation of debts, or the *senatus consulta* passed in order to restore order, it is necessary to take a brief look at the main economic reasons for the social and political discontent.

1. Economic, financial and credit crisis in the first century BC

The civil wars of the first century BC led to various financial crises in Italy,[2] which continued after Caesar's rise to power in 49 BC.[3] The primary cause of the credit crisis was the indebtedness of all ranks of society.[4] The conflict between Caesar and Pompeius affected the circulation of money, which was slowed down by the treasury when, fearing war, an increasing number of debtors failed to repay their debts. At that time, an executory procedure could be instituted against a debtor. This procedure had serious moral (*infamia*) and proprietary consequences, which heightened the Romans' fear.[5]

1 Cl. Nicolet: Les variations des prix et la théorie quantitative de la monnaie á Rome, de Cicéron à Pline l'Ancien, in: Annales Économies, Sociétés, Civilisations 26/6 (1971), pp. 1214-1218.

2 K. Verboven: Le système financier à la fin de la République romaine, in: Ancient Society 24 (1993), pp. 69-98.

3 J. Carcopino: Histoire romaine II. César, Paris 1936, p. 949.

4 M. Gelzer: Die Nobilität der römischen Republik, Stuttgart 1912, pp. 91-102.

5 L. Peppe: Studi sull'esecuzione personale I, debiti e debitori nei primi due secoli della republica romana, Milano 1981, pp. 237-259; M. Ioannatou: Le code de l'honneur des paiements. Créanciers et débiteurs à la fin de la République romaine, in: Annales Histoires, Sciences Sociales 56 (2001), pp. 1201-1221; C.R. López: La corruption à la fin de la République romaine (IIe-Ier s. av. J.-C.). Aspects politiques et financiers, Stuttgart 2010, pp. 199-203.

* Associate Professor and Head of the Department of Roman Law, University of Pécs.

** This essay was written with the help of the Bolyai János Scholarship (2013-2016).

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 729-737

Insolvency not only resulted in *infamia* but also entailed the diminution of the person's social esteem (*existimatio*), which for Romans meant the loss of their self-respect[6]. The situation was aggravated by the fact that the crisis also affected the free middle and upper social orders, who had enough property to repay their debts, but were unable to alienate their goods when the circulation of money decreased because of reduced demand.[7] It is necessary to investigate the reasons for the indebtedness of both the upper and lower strata of Roman society.[8] I first turn to the financial situation of the upper social classes.

It has to be borne in mind that not even the affluent upper class was homogeneous. It included distinguished politicians, less well-known wealthy and spendthrift aristocratic youth and high-ranking Roman women. Renowned politicians such as Pompeius, Caesar and Cicero also had huge debts, which they incurred to maintain their luxurious lifestyle (*luxuria*) and promote their political careers.[9]

It was not only the upper classes, but also the urban (*plebs urbana*) and rural (*plebs rustica*) plebeian classes who borrowed from individuals. People living in towns incurred debt because of the rising (*merces*) rentals payable for flats in tenement houses (*insulae*), and the fear of eviction after non-payment. The middle class of plebeians included tenants of urban stores (*tabernae*), who needed credit in order to meet the expenses of their commercial and craft businesses or to pay the rent. Those who lived on rural agricultural land needed to borrow from others (*aes alienum*), chiefly because they had become impoverished during their long military service.

The overall conclusion that one reaches is that debt affected every stratum of society, and that the situation was exacerbated by the fact that the lenders who were seeking repayment from their debtors, were themselves indebted.[10]

2. Caesar's law aimed at regularising the situation of indebted people

In 49 BC, Caesar passed a new law through the people's assembly, whose object was to remedy the financial and monetary crisis.[11] The aim of the *lex Iulia de pecuniis mutuis*[12] was to allow debtors who could not repay their debt but had property to offer something in lieu of what was due: an obligatory "giving instead of performance" (*datio in solutum*

6 Cic. Quinct. 50.

7 M.W. Frederiksen: Caesar, Cicero and the Problem of Debt, in: JRS 56 (1966), pp. 128-141.

8 Y. Thébert: Économie, société et politique aux deux derniers siècles de la République romaine, in: Annales. Économies, Sociétés, Civilisations 35/5 (1980), pp. 895-911.

9 J.P. Royer: Le problème des dettes à la fin de la République romaine, in: RHD 46 (1967), pp. 195-198.

10 J. Andreau: Activité financière et liens de parenté en Italie romaine, in: Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine. Écoles Française de Rome, Rome 1990, pp. 501-526.

11 P. Rotondi: Leges publicae populi romani, Hildesheim 1962, p. 415; Paolo Pinna Parpaglia: La Lex Iulia de pecuniis mutuis e la opposizione di Celio, in: Labeo 22 (1976), pp. 30-72; V. Giuffre: La c.d. "Lex Iulia" de bonis cedendis, in: Labeo 18 (1972), pp. 173-191; P. Cordier: M. Caelius Rufus, le préteur récalcitrant, in: MEFRA 106/2 (1994), pp. 533-577.

12 P. Rotondi: op. cit. p. 415.

necessaria);[13] which the creditors were obliged to accept (*aliud pro alio*).[14] This allowed debtors to transfer real estate or personal property instead of giving cash, thus avoiding the loss of their property at auction (*venditio bonorum*) or through *infamia*.[15] It is generally accepted in the literature that debtors were personally liable for their debts; not only the collaterals were available for repayment.[16] The procedure focused on an estimation of the value of the debtor's property (*aestimatio*), in which – because of the drastic decrease in prices – the values of the pre-civil war period were applied,[17] and the principal amount was reduced by the amount of interest already paid.[18] In this way, the amount of credit could be reduced by approximately a quarter. At the beginning of the procedure, before an *arbiter* was appointed to determine the value of property, the debtor had to swear that he was insolvent and that he had sufficient property to meet the debt. In addition, he had to guarantee that he would agree to the valuation of the property that he possessed at that time (*bonam copiam iurare*).

Caesar's aim was not to meet all the needs of creditors or debtors, but to ensure repayment of some of the debts, so as to reduce worsening social conflict. Caesar's measures were aimed at preserving peace in the face of a demand for the cancellation of all debt in the light of the economic situation resulting from constant foreign and civil wars. In this way, Caesar managed to reduce calls for the cancellation of all debt, and at the same time reassure creditors, since there was partial performance in kind. Certainly, the law did not solve the problems of all social orders. Those free Romans who did not own property but worked for their money were not all affected by Caesar's provisions. Thus, the *lex Iulia de pecuniis mutuis* cannot be regarded as a legal step that served the interests of all debtors (*favor debotoris*) and creditors (*favor creditoris*). It was merely a political compromise.[19] The debt settlement process was initiated by the taking of the oath of *iusiurandum bonae copiae*, followed by the appointment of a person who could value the property (*datio arbitri*).[20]

As confirmed by the *Tabula Heracliensis* (a. 709), the oath of *iusiurandum bonae copiae* was taken during the *in iure* process. As indicated, it was an oath taken on insolvency that the debtor would permit a valuation of his property. This oral act cannot be considered as a phase in an executory procedure,[21] in which the debtor merely swore

13 R. Bonnini: La c. d. datio in solutum necessaria (Nov. Iustiniani 4,3 e 120,6,2), in: Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, vol. II, Bologna 1975, pp. 3-45.

14 E. Nardi: Radiografia dell' "aliud pro alio", in: BIDR 73 (1973), pp. 71-72.

15 Cic. ad fam, 9.16.7.

16 A. Bürge: Geld- und Naturwissenschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht, in: SZ 99 (1982), pp. 135-137.

17 Caes. civ. 3.1.2-3.

18 Suet. de vita Caes. 1.42.2.

19 R. Bonnini: op. cit. pp. 26-32.

20 A. Magdelain: La loi Poetelia Papiria et la loi Iulia de pecuniis mutuis, in: Jus imperium auctoritas, Études de droit romain, Rome 1990, pp. 707-711.

21 A. Berger: "Bonam copiam iurare", in: Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno de suo insegnamento II, Napoli 1953, p. 127.

that he was insolvent.[22] Taking this *bonam copiam iurare* (or *bonam copiam eiurare*) oath prevented the executory procedure against the debtor, which could also have led to *infamia*. After the swearing of the oath, the valuation of the property, which meant the determination of the value of both personal and real possessions, could begin.

In Ioannatou's view, the expression *bonam copiam* refers to a particular property, thus it is an oath of solvency.[23] If the debtor did not have an appropriate property, the partial performance (repayment of credit) expected by Caesar was impossible. If the debtor had taken an oath only on insolvency, at the time of the valuation of his property every insolvent debtor would have been able to gain time to avoid the executory procedure against him.[24] As taking the oath of *bonam copiam iurare* was possible only for those who had appropriate property, it obviously favoured the wealthy (*locupletes*), who were saved by the loss of their property. Furthermore, it prevented the spread of revolutionary demands for the cancellation of all debt (*tabulae novae*).[25] In my opinion, *bonam copiam iurare* was an oath referring to the existence of appropriate property, in which the debtor indirectly acknowledged his lack of cash.

Creditors were affected in two ways by the *lex Iulia.* Firstly, the valuation was based on the values of the pre-civil war period. Thus although the creditor received the asset, if he wanted to sell it immediately, general devaluation would mean that he would have to sell it for less than its estimated value – if he managed to sell it at all, since there were few potential purchasers during this period of scarcity of money.[26] Secondly, the set-off of interest already paid on the principal debt was considered as a partial cancellation of the debt. Were it not for their legal obligation, the creditors would never have accepted assets at a price determined by *aestimatio*.[27] However, the *lex Iulia de pecuniis mutuis* was only an economic measure, which was passed to resolve a crisis when efforts were being made to stabilise the financial situation.

Although the law tried to achieve a compromise between the interests of creditors and those of debtors, it was not well received. The debtors did not wish to lose some of their assets, while the liquidity of creditors did not improve because it was difficult to sell the personal or real property they acquired.[28] Against this backdrop, the question arises whether from a political point of view it would not have been better unreservedly to favour only one interest group, for example those who demanded the cancellation of all debt.

22 I. Fira I, Florentinae 1941, (Tabula Heracleensis) p. 149: "*quique in iure (bonam copiam abiuravit) abiuraverit, bonamve copiam iuravit iuraverit.*"

23 M. Ioannatou: Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron. L'aristocratie sénatoriale face à ses dettes, Paris 1998, pp. 398-403.

24 A. Magdelain: op. cit. p. 709.

25 P.M. Piazza: "Tabulae novae". Osservazioni sul problema dei debiti negli ultimi decenni della repubblica, in: Atti del seminario romanistico gardesano, Milan 1980, pp. 37-107.

26 M. Ioannatou, Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron: op. cit. pp. 402-403.

27 Cic. ad fam. 9.18.4.

28 P.P. Parpaglia: Ancora sulla "Lex Iulia de pecuniis mutuis", in: Studi in onore di Arnaldo Biscardi IV, Milano 1983, pp. 115-141.

3. *Senatus consultum ultimum* through Caelius Rufus's bills (48 BC)[29]

One of the principal proponents of *tabulae novae* was M. Caelius Rufus, who was elected *praetor peregrinus* in 48 BC.[30] After Caesar appointed his elected fellow *praetor*, C. Trebonius, as *praetor urbanus* (contrary to the constitutional traditions of the Republic, the scope of authority of elected magistrates was not decided by a draw (*sortitio*)) M. Caelius assumed the function of *praetor peregrinus*.[31] Because he was humiliated by his relegation to the background, he systematically challenged Caesar's regime.[32]

Firstly, taking advantage of the discontent of debtors, and using constitutional means, he took action against the *praetor urbanus* when the latter applied the *lex Iulia de pecuniis mutuis*. He set up his bench next to that of the *praetor urbanus*, and applying *intercessio* he vetoed the magisterial decision of his partner in office, C. Trebonius, to appoint an arbiter. Since the scope of the authority of *praetor*s was decided by *sortitio*, M. Caelius' veto did not infringe C. Trebonius' rights as a *praetor* because these were not determined constitutionally. However, vetoing the *praetor urbanus*' decision to appoint an *arbiter*, he challenged Caesar's power because at issue was the valuation of debtors' property which had a subjective element. By appointing the appropriate person, the *praetor urbanus* could influence the valuation of property in favour of creditors or debtors. In Caesar's camp both creditors and debtors were represented. The steps, which were based on constitutional grounds but caused considerable harm to Caesar and his adherents, did not evoke much response. The debtors were not interested in disputing the choice of *arbiter*s, because putting a stop to the procedure introduced by the *lex Iulia de pecuniis mutuis* would have permitted the start of bankruptcy proceedings (*venditio bonorum*).

Secondly, he submitted a bill[33] proposing that loans be frozen for six years without interest (*rogatio Caelia de pecuniis creditis*).[34] The bill embodied an optimistic view that the credit crisis would come to an end within six years and that debtors would be able to repay their debts in cash when the economy recovered. The acceptance of Caelius' bill would have suspended Caesar's measures. It focused on creditors who wanted to recover most of their money, and on debtors who were disappointed in the provisions of the *lex Iulia*. In terms of the bill, the creditors would not have lost part of their claim as in the case of the *lex Iulia de pecuniis mutuis,* while the debtors would have gained a breathing space, not being obliged to perform immediately. In addition, they could hope for an eventual complete cancellation of their debts. M. Caelius' plan met with a warm response but was opposed by Caesar's party. Caesar's fellow consul, Servilius Isauricus,

29 R. Étienne: Jules César, Paris 1997, pp. 175-177.

30 M.H. Dettenhofer: Perdita Iuventus. Zwischen den Generationen von Caesar und Augustus, Vestiga 44, München 1992, pp. 79-99 and 158-165; F. Münzer: Aus dem Leben des M. Caelius Rufus, in: Hermes 44 (1909), pp. 135-142.

31 P. Cordier: op. cit. p. 539.

32 Cic. ad. fam. 8.17.1.

33 Caes. civ. 3.20.6.

34 P. Rotondi: op. cit. p. 417.

who resided in Rome, objected to the bill and it failed.[35] M. Caelius then realised that his strategy was not enough to destabilise the regime, and, resorting to more radical means, he submitted two further bills.

One of them concerned the reduction of rent (*rogatio Caelia de mercedibus habitationum annuis*), the other one the cancellation of all debt (*rogatio Caelia de novis tabulis*).[36] The failure of his proposal of a six-year moratorium lost him the support of those creditors who had hoped for a repayment in cash of their debt. On the other hand, he could count on the support of those debtors who did not have enough property to take the oath of *iusiurandum bonae copiae*. As stated already, the credit crisis also affected people with little or no property. Moreover, the questions of rent and credit were inter-related. Many people borrowed money in order to pay their rent. The situation was aggravated by the fact that, even in the pre-civil war period, living conditions had deteriorated: in 50 BC, Rome had been struck by the greatest fire in the history of the Republic, and in the following year an earthquake had destroyed several buildings, causing further fires, mainly in densely populated districts. The housing shortage caused rents to soar. Furthermore, investors wishing to rebuild needed loans, but financial speculation made these more expensive. Hoping for a quick return on their investments, the contractors built tenement houses and charged higher rent (*merces*).

The proposal, if implemented, would affect the lower social strata in two ways; because of cancelled debts, they would lose the rent they had previously received, and on the other hand they would receive one year's *merces* in lieu of future rent. Thus the reduction of rent was of interest to the lower social classes, and the cancellation of all debt to the upper social classes. In this way, the two newer bills gained the support of the two indebted social classes; which meant a serious challenge to those in power. The proposals were warmly received, and there was an uprising against Caesar's regime that opposed them. The crowd first attacked Trebonius, who was a *praetor urbanus* dealing with the appointment of arbiters under the *lex Iulia de pecuniis mutuis*.

Next, Caelius had his fellow *praetor* removed from his bench. Servilius Isauricus, a consul residing in Rome, reported this to the senate, who decided to bar M. Caelius from public affairs, which in practice meant that he was expelled from the senate (*relatio*). When he tried to speak to the people in the informal *contio*, he was prevented from doing so. Simultaneously, the consul Isauricus ordered that Caelius' chair (*sella curulis*), which belonged to him in his capacity as *praetor*, be broken.[37] This incident is also mentioned by Quintilianus in his work, *About Rhetoric*.[38] The reason for the senate's decision must have been the fear of the aristocratic landowners. Because Caelius' proposal that debts be cancelled made many of them fear the loss of their claims and properties, they supported Caesar's magistrates.

Nevertheless, the measures taken against Caelius incurred the hatred of the people who supported the interests of the indebted plebeians. The people's tribunal applied

35 Cl. Nicolet: Le sénat et les amendements aux lois à la fin de la République, in: RHD 36 (1958), pp. 260-275.

36 Caes. civ. 3.21.1.

37 Dio Cass. 42.22.25.

38 Quint. inst. 6.3.24.

intercessio against the senate's decision, which proves that Caelius had numerous supporters. However, this *intercessio* by the *tribunus plebis* had no effect, since the resolutions passed against Caelius remained in force because of the senate's *auctoritas*.[39] Realising how serious the situation was, the consul proclaimed a state of emergency (*senatus consultum ultimum*).[40] The consul Isauricus, who was empowered to disregard constitutional limitations, initiated the *senatus consultum ultimum*, thus neutralising M. Caelius by constitutional means instead of overt violence. Being prohibited from taking part in public affairs did not mean that he was removed from the office of *praetor*, but that his rights as *praetor* were temporarily suspended. In particular, he was not allowed to summon the senate or submit proposals to it (*ius agendi cum senatu*), nor to exercise his rights relating to the people's assembly (*ius agendi cum populo*). On the one hand, the breach of *sella curulis* meant the loss of his powers of jurisdiction (*iurisdictio*): since the function of *praetor* together with the rods (*fasces*) symbolised power, this sent a clear message about the loss of his authority. Thus, he lost his magisterial power, and the rights arising from his office were transferred to another *praetor*. Although he took these measures, Isauricus did not want to decide what was to happen to the *praetor peregrinus* who had been deprived of his power – this question was postponed until Caesar's return to Rome.[41]

Caelius distanced himself from the measures taken by the senate, and because he could have acted only as a simple *privatus* at that time, he pretended he was going to Caesar, and left Rome.[42] After his previous official actions he had no hope of being pardoned and regaining his office from Caesar, so he departed to join Milo's troops that had landed at Capua. However, Servilius Isauricus prevented Caelius' meeting with Milo by ordering a *tribunus* to escort him to Rome and keep him under supervision in a suburb.[43] Meanwhile, the senate pronounced Milo, who was on his way to Campania, an enemy of the Republic (*hostis iudicatio*), and declared that anybody who helped him would be regarded as *perduellis*.[44] The pronouncement *hostis* made it possible to resort to considerable military force against Milo. In the meantime, Caelius managed to escape from Rome and he set off to Southern Italy again. Nevertheless, by that time Caesar's troops had killed Milo. Caelius was then slaughtered by Caesar's supporters in the neighbourhood of Bruttium before he could convene troops. The crisis of 49-48 BC was not merely financial, but part of an economic depression that caused social discontent and led to the armed insurrections in Southern Italy.

39 Y. Thomas: Cicéron, le Sénat et les tribuns de la plèbe, in: RHD 55 (1977), pp. 189-210.

40 Dio Cass. 42.23.2: Ἐπειδή τε ὁ Καίλιος ἐκείνους τε ἀπήλασε καὶ αὐτὸν τὸν ὕπατον ἐς θόρυβον κατέστησε, συνῆλθον αὖθις φραξάμενοι τοῖς στρατιώταις, καὶ τὴν φυλακὴν τῆς πόλεως τῷ Σερουιλίῳ, ὥσπερ ἄνω μοι πολλάκις περὶ αὐτῆς εἴρηται, παρέδοσαν; Attila Pókecz Kovács: Les crises politiques à la fin de la République romaine et le senatusconsultum ultimum (121-40 av. J.-C.), in: Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert, Paris 2012, pp. 679-692.

41 Dio Cass. 42.23.3.

42 P. Cordier: op. cit. p. 553.

43 Dio Cass. 42.24.4.

44 A. Allély: La déclaration d'hostis sous la République romaine, Bordeaux 2012, pp. 73-76.

During Caelius' year in office, important constitutional problems came to the fore. When Caesar ended the draw (*sortitio*) that determined the spheres of elected *praetors*, and replaced it with a simple appointment, a legal dispute arose between the *praetor urbanus* and the *praetor peregrinus*, which at first the consul was able to resolve. Next the *praetor peregrinus*, exercising his right to prepare a bill, confronted the senate, which then removed the *praetor peregrinus* from the senate. A political conflict ensued between the *tribunus plebis* who contested the *senatus consultum* and the senate itself. The senate could avert this conflict only through the *auctoritas patrum*. A state of emergency (*senatus consultum ultimum*) was declared, and the powers of the *praetor peregrinus* were therefore suspended.

4. P. Cornelius Dolabella's revolt (47 BC)

The case of *tabulae novae* turned up again a year after Caelius's death. This time P. Cornelius Dolabella, a *tribunus plebis* from the circle of *populares*, stood it in the centre of his political ambitions.[45] He was a descendant of the Cornelius family, one of the highest-ranking Roman patrician families (it has recently been averred that Dolabella was Caesar's secret child).[46] He became Cicero's son-in-law (*adfinitas*) when he married his daughter Tullia.[47] We do not know his date of birth, and it seems doubtful that he was only twenty-five years old when elected consul in 44 BC, as Appian asserted.[48] He was presumably born around 80 BC rather than 69 BC. At first, he held small official positions while working as a lawyer. He joined Caesar in 49 BC and became *tribunus plebis* in 47 BC. Following in the footsteps of M. Caelius, he drafted a bill in terms of which rent and debts would be cancelled (*rogatio Cornelia de mercedibus habitatiorum annuis et de novis tabulis*).[49] This gave rise to disturbances and armed insurrections (*seditio*), which led to the construction of wooden towers on the *forum*, so that armed action could be taken against any kind of insurgence. In the light of the state of civil war, the senate again promulgated a state of emergency (*senatus consultum ultimum*).[50] The senate instructed Marcus Antonius, the *magister aequitum* who was deputising for the dictator Caesar while he was absent from Rome, to resolve the conflict that followed on the declaration of the state of emergency.[51] Caesar preferred not to turn against Dolabella, so that the pronouncement *hostis* was not made. The armed insurrection was soon suppressed, and Caesar pardoned Dolabella, who subsequently became consul in 44 BC.

The civil war involving Caesar and Pompeius caused a serious economic crisis during the period from 49 to 44 BC. This crisis was not merely a monetary crisis arising out of a cash shortage: debt affected all strata of society. Moreover, life in Rome became

45 M.H. Dettenhofer: op. cit. pp. 119-122.

46 R. Syme: No Son for Caesar, in: Historia 29 (1980), pp. 431-437.

47 H. Bruhns: Parenté et alliances politiques à la fin de la République romaine, in: Écoles Française de Rome, 1990, pp. 585-587.

48 App. BC 2.129.

49 P. Rotondi: op. cit. p. 418.

50 Dio Cass. 42.29.3; 42.32.1.

51 H. Halfmann: Marcus Antonius, Darmstadt 2011, pp. 46-51.

more difficult because of the earthquake (49 BC) and the shortage of housing after the fire of 50 BC, referred to above. Because of the scarcity of credit, the destroyed tenement houses could be rebuilt only partially and at great cost. Because the building contractors wanted a quick return on their investment, even higher rent was charged. The general economic crisis stirred up social discontent, and politicians tried to benefit from this atmosphere. Twice in the period of Caesar's autocracy a state of emergency (*senatus consultum ultimum*) was declared in response to the bills in which the cancellation of debts and of arrear rent was promised, firstly by *praetor peregrinus* M. Caelius Rufus (48 BC) and then by *tribunus plebis* P. Cornelius Dolabella (47 BC). Both Caelius and Dolabella belonged to Caesar's political party, so that internal political conflict and rivalry between certain people cannot be regarded as the primary reasons for the state of emergency. In my view, in both cases the economic crisis was the reason for the issue of a *senatus consultum ultimum.*

Abstract

The civil war involving Caesar and Pompeius led to a serious economic crisis in the period from 49 to 44 BC. This cannot be regarded merely as a monetary crisis arising out of a shortage of cash, since debt affected all social classes. The fire of 50 BC, the earthquake of 49 BC, and the housing shortage that followed affected the Roman economy adversely. Because of a shortage of credit, damaged tenement houses were rebuilt only partially and at great cost. Rentals increased because the building contractors sought a quick return on their investment. The general economic crisis produced social discontent, and politicians soon tried to benefit from this atmosphere. During the period of Caesar's autocracy (49-44 BC) a state of emergency (*senatus consultum ultimum*) was declared twice, after magistrates belonging to Caesar's political party passed bills that promised the cancellation of debts and arrear rent. In both instances, it was an economic crisis that led to the state of emergency, not political conflict or personal rivalry.

GAIUS, HADZIC AND *OCCUPATIO* OF WILD ANIMALS – CLASSICAL ROMAN LAW IN THE SERBIAN CIVIL CODE

Milena Polojac*

1. Jovan Hadzic and the Serbian Civil Code

The Civil Code for the Princedom of Serbia or, to use the abbreviated name, the Serbian Civil Code, was issued in 1844 while Serbia was still formally under Ottoman rule and was a semi-independent country. The great Serbian national leader Milos Obrenovic, who succeeded in obtaining partial autonomy for Serbia, decided to create a new legal system for the state *in statu nascendi.* He wanted to enact new Serbian laws to replace the Turkish ones that were applied together with national customary law. After a series of unsuccessful attempts to have the French Civil Code translated and implemented, Prince Milos invited educated lawyers from abroad to help create a new legal system. They were intellectuals from Austria and Hungary, mainly of Serbian origin, some of them living just on the other side of the Rivers Sava and Danube in Vojvodina, which was part of the Austrian Empire at the time. In 1836 Jovan Hadzic, a lawyer educated in Pest and Vienna who was a city senator from Novi Sad as well as a writer and linguist, was invited and became the person responsible for the civil codification. Hadzic wanted to model the Serbian Civil Code on the Austrian one because Austria had a historical background similar to that of Serbia rather than that of France, and also had closer ties with Austria. He had a difficult task: on the one hand, he had a highly developed code as a model; on the other, he had the Serbian conservative and patriarchal legal tradition of unwritten law[1]. At the same time, he had to fulfil Prince Milos' wish and draft a clear, concise codification.

1 It leaned, however, upon the rich heritage of Roman-Byzantine law developed in the Serbian medieval state. For more details see S. Avramovic, "The Serbian Civil Code of 1844: A Battleground of Legal Traditions", in Th. Simon (ed.), *Konflikt und Koexistenz. Die Rechtsordnungen im 19. und 20. Jahrhundert,* Bd. II – *Serbien und Bosnien-Herzegowina* (Frankfurt-am-Main, 2013) (in print).

* Associate Professor of Roman Law, Faculty of Law, University of Belgrade.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 738-747

As soon as the Code appeared, it was severely criticised for several reasons, one of them being that it was a summary of the Austrian Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, (Austrian Civil Code), and essentially an unsuccessful copy. The compiler, Jovan Hadzic, was criticised for being only a well-educated copyist wihout initiative. This assessment is unduly harsh yet basically superficial. The Serbian codification is certainly highly influenced by the Austrian Civil Code but also involves many other different elements; Serbian customary law, church law, some traces of the Ottoman shariah law and also genuine Roman law, which can be proved by an analysis of its provisions relating to the *occupatio* of wild animals.

2. Occupatio of wild animals in Roman law

Things not belonging to anyone – *res nullius* – may be the subject of *occupatio* and may become the property of the person who first acquires possession of them. In Roman law, *occupatio* relates to wild beasts. The classical Roman *responsum* and related casuistic method have here acquired a special importance. A series of well-known cases, reflecting dilemmas and controversies among Roman lawyers, have retained their interest up until today for both didactic and academic reasons, and some have even been cited in judgments[2]. It suffices to mention the controversy between Trebatius and the majority of lawyers over the acquisition of possession of a wounded wild animal[3]; Proculus' case involving a wild boar caught in a trap[4]; or Pomponius' case involving a shepherd who rescued a pig, snatching it from the jaws of a wolf[5].

The initial source is the Institutes of Gaius[6], but his later work *Res cottidianae* provided even more detail. Practically everything that the compilers introduced into the Digest concerning the *occupatio* of wild animals was taken over from the *Res cottidianae*. This text can be found practically unchanged in the second part of Justinian's Institutes under the title *De rerum divisione* (2.1.12-16).

According to Gaius (D. 41.1.1), it is ownership of wild animals (*ferae bestiae*), birds and fish that can be acquired by *occupatio*. He provides no examples of *occupatio* of wild animals, but it is clear from the text that Gaius has restricted the term "wild beast" to wild land animals, as opposed to fish and birds that are also wild but live in the water and the air, respectively:

2 *Pierson v. Post*, Supreme Court of New York (1805): see Ch. Donahue, "Noodt, Titius, and the Natural Law School: The Occupation of Wild Animals and the Intersection of Property and Tort", in J.A. Ankum *et al*. (eds.), *Satura Robert Feenstra* (Fribourg, 1985) at 609-629; H. Hausmaninger, *Casebook zum römischen Sachenrecht*[7] (Wien, 1993) at 28-29; R. Knütel,"Von schwimmenden Inseln, wandernen Bäumen, flüchtenden Tieren und verborgenen Schätzen (zu den Grundlagen enzelner Tatbestände originären Eigentumserwerbs)", in Reinhard Zimmerman *et al.* (eds.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtdogmatik* (Heidelberg, 1999) at 566.

3 D. 41.1.5.1(Gai. 2 *rerum cottidianarum sive aureorum*) = Just. Inst. 2.1.13.

4 D. 41.1.55 (Proc. 2 *epistularum*).

5 D. 41.1.44 (Ulp. 19 *ad edictum*).

6 Gai. Inst. 2.67-68.

Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt. (So all animals taken on land, sea, or in the air, that is, wild beasts, birds, and fish, become the property of those who take them.)[7]

Ownership in this sense is acquired when these animals are caught on land, in the water or in the air and come under the control and supervision of the person who has caught them. Gaius refers to such supervision or control as *custodia,* which actually coincides with the acquisition of physical power over the animal – *possessio.*

D. 41.1.3.2: *Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.* (Any of these things which we take, however, are regarded as ours for so long as they are governed by our control. But when they escape from our custody and return to their natural state of freedom, they cease to be ours and are again open to the first taker.)

Ownership of such an animal continues while there is physical power and supervision over it, but is lost once the animal escapes and regains its natural freedom. According to Gaius, this happens when the animal is no longer in sight or when it becomes obvious that it can no longer be caught (D. 41.1.5.pr). From that moment on, the animal is once again considered to be *res nullius* and will belong to the person who captures it. The legal rule that Gaius expounds is clear: acquisition of ownership through *occupatio* coincides with the acquisition of possession, and ownership is likewise lost the moment possession of the animal is lost.

Gaius goes on to discuss a particular category of animals, including pigeons, bees and deer that are not constantly subject to their owners' control. They are in the habit of leaving and returning, having the so-called *animus revertendi*. A rule was introduced that ownership was lost, not the moment they wandered off and escaped their owners' control, but only when they no longer had the intention or habit of returning. This does not change the basic rule concerning wild animals, but is a loss of possession in a broader sense. While physical control over a wild animal has to be direct and constant, this is not so in the case of the animals having *animus revertendi.*

Still, there are obvious inconsistencies in the texts, which create confusion, for example with reference to bees.

Gaius is explicit on the wild nature of bees (D. 41.1.5.2-4)[8]:

2. Apium quoque natura fera est: itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis alveo concludantur, non magis nostrae esse intelleguntur quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. Ideo si alius eas incluserit, earum dominus erit. 3.Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. 4.Examen, quod ex alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum

7 Translation ed. by A. Watson (Philadelphia, 1998). The translations are based on the same edition.

8 The nature of bees was and still is a great problem. For Pliny they are neither wild nor tamed, while Varro considered some bees to be wild and some tamed. G. McLeod, "Wild and Tame Animals and Birds in Roman Law", in Peter Birks (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property, Essays for Barry Nicholas* (Oxford, 1989) at 176.

> *esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit.* (2. Bees, again, are wild by nature and so those which swarm in our tree are, until housed by us in our hives, no more regarded as ours than birds which make a nest in our tree. Hence, if another should house or hive them, he will be their owner. 3. Again, honeycombs which they make can be taken by anyone with no question of theft though, as said earlier, one entering upon another`s land can be lawfully barred by the owner who becomes aware of it. 4. A swarm which flies away from our hive is deemed still to be ours so long as we have it in sight and its recovery is not difficult; otherwise, it is open to the first taker.)

Possession and ownership of the bees and of birds are acquired in the same manner. Even their landing on our tree does not make them ours; they continue to be *res nullius*. For ownership to be acquired they have to be enclosed in a beehive, so that the owner has control, supervision and physical power over them. When it comes to the loss of possession and/or ownership, there is no difference between bees and other wild beasts, fish and birds, as is evident from the text D. 41.1.5.4. As long as they are in our sight, they are ours, and when we lose sight of them, they again become *res nullius* and the property of the person occupying them.

However, D. 41.1.5.5 which discusses mainly peacocks and pigeons, involves certain ambiguities as well as illogicality:

> *Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium. Intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.* (The wild nature of peacocks and doves is of no comment because it is their custom to fly away and to return; bees, whose wild nature is universally admitted, do the same; and there are those who have tame deer which go into and come back from the woods but whose wild nature has never been denied. In the case of these animals which habitually go and return, the accepted rule is that they are held to be ours so long as they have the instinct of returning; but if they loose that instinct, they cease to be ours and are open to the first taker. They are deemed to have lost that instinct when they abandon the habit of returning.)

Thus bees are classified here, together with peacocks and pigeons, and also tame deer, as a special subcategory of wild animals having the habit of leaving and coming back, thus having the so-called *animus revertendi.* Consequently they are subject to special rules on the loss of possession, rather than to the general rules applicable to other wild animals and birds. Possession and ownership of the bees are not lost the instant they leave, for example when they fly away, provided they return.

The background to this inconsistency may be sought in the controversy between Proculus and Celsus, dating back to before Gaius' time[9].

Paragraph 6 relates to wild and domestic animals:

> *Gallinarum et anserum non est fera natura: palam est enim alias esse feras gallinas et alios feros anseres. Itaque si quolibet modo anseres mei et gallinae meae turbati turbataeve adeo longius evolaverint, ut ignoremus ubi sint, tamen nihilo minus in nostro dominio tenentur. Qua de causa furti nobis tenebitur, qui quid eorum lucrandi animo adprehenderit.* (6. Poultry and geese are not wild by nature; for there obviously exist other species which are wild fowl and wild geese. Hence, if my geese or chickens be disturbed and fly so far away that I do not know where they are, nonetheless they remain my property so that anyone who takes them with a view to gain will be liable to me for theft.)

Here, Gaius refers to chickens and geese as examples of domestic animals, emphasising that there are also wild variants subject to different rules[10]. It seems that Gaius used these examples based on the principle of association. Thus having previously discussed peacocks, pigeons and bees, in this instance he speaks of the same type of domestic animals. As regards domestic animals, the fact that they have wandered away, thus escaping the owner's control and supervision, does not affect his ownership. Ownership of domestic animals is not lost if possession is lost, as it would be in the case of wild animals.

2.1 D.41.1.44: a pig, a wolf and a shepherd

> *D.41.1.44 (Ulpianus libro 19 ad edictum): Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorserunt: et cum pastor meus*

9 Collatio, 12.7.10 (Ulp. 18 ad ed.): Item Celsus libro XXVII digestorum scribit: si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare conpetere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculum, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt. (= D. 9.2.27.12). The question was raised with reference to the application of the Aquilian law in a situation where the bees had flown away to land belonging to someone else, who eventually destroyed them. Is the owner of the land who set the bees on fire after they had flown to his land, liable for the damage in accordance with the Aquilian law? Proculus' answer is in the negative, for the reason that the plaintiff no longer owns the bees that have flown away. Celsus had a different opinion, referring to the fact that the bees are a special category of animals that have the habit of returning. In addition, they also bring profit to the owner; and strict application of the formal law would mean that the bee owners could not claim them while they were flying. Celsus' opinion became generally accepted to the point that only his opinion was included in the Digest, without any reference to the controversy that had evidently been settled. For more on this see David Daube, "Doves and Bees", in *Mélanges Henry Lévy-Bruhl* (Paris, 1959) at 63-75 = in D. Cohen & D. Simon (eds.), *Collected Studies in Roman Law II* (Frankfurt-am-Main, 1991) at 899-913; B.W. Frier, "Bees and Lawyers", (1982/1983) 78 *Classical Journal* at 105-114; B.W. Frier, "Why Did the Jurists Change Roman Law? Bees and Lawyers Revisited", (1991) *Index* at 135-146.

10 See, further, on the difficulty of classifying animals and birds in general, G. McLeod (n. 8) at 169-176.

> *peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nancti ...* . (The following case is discussed by Pomponius: When wolves were carrying off pigs from my swineherd, a farmer on a neighbouring estate, with some strong and powerful dogs which he kept to protect his own herd, pursued the wolves and snatched the pigs away from them; that or the dogs tore them away; but when my swineherd claimed the pigs, the question arose whether the pigs had become the property of their rescuer or remained mine; for, in a way, the dogs got them by hunting ... .)

This specific case presented by Pomponius is to be found in Ulpian's text. It raises the issue of the loss of ownership of a domestic animal (in this case, a pig) that was dragged away by a wild animal (in this case, a wolf)[11]. It is evident that the case may be viewed from various perspectives, and that Pomponius did so. One of the possible solutions is to treat the pig as an accessory of the wolf. In terms of this solution, it is possible to claim that a pig that ends in the jaws of a wolf becomes *res nullius*, just like the wolf itself, and therefore subject to *occupatio*. However, the prevailing opinion was that, in accordance with the general rule, a person did not lose ownership of a domestic animal after losing possession of it. As a result, the owner had the right to recapture the snatched animal. *(Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est.)* Ownership cannot be lost as long as the thing that has been taken away, in this case a domestic animal, exists.

A particularly interesting issue is the problem of the legal status of the rescuer. In the given example, a farmer rescued the pig from the jaws of the wolf. The solution given in that case is rather harsh from the point of view of the rescuer and is evidently one-sided, focusing as it does exclusively on protecting the owner. The rescuer is obliged to return the thing he has rescued. Otherwise, he is considered to have perpetrated theft. This rule is not an ideal example of equity.

3. The Serbian Civil Code

3.1 *Prima facie* test

Paragraphs 235-241 of the Serbian Civil Code refer *stricto sensu* to the acquisition of ownership by the appropriation of wild animals. Thus the Code contains far more regulations on the subject than does the Austrian Civil Code, in which there are only two relevant articles (paragraphs 383 and 384)[12]. A comparison of the total number of paragraphs in the Austrian Civil Code (1502) with the 950 paragraphs in total in the Serbian Civil Code clearly shows that no copying could be involved.

11 For more details see R. Lambertini, "Erepta a bestiis e occupazione", (1984) 30(2) *Labeo* at 191-202; H. Hausmaninger (n. 2) at 142; Th. Finkenauer, "Fall 4. D.41.1.44: Das Schwein im Wolfsmaul", in U. Falk *et al.* (eds.), *Juristische Fall- Lösungen* (München, 2008) at 45-61.

12 D. Knezic-Popovic, "Udeo izvornog rimskog prava u Srpskom gradjanskom zakoniku", in M. Jovicic (ed.), *Sto pedeset godina od donosenja Srpskog gradjanskog zakonika (1844-1994)* (Belgrade, 1996) at 74.

In the Austrian Civil Code, the section is entitled "The aquisition of ownership by occupation" (von der Erwerbung des Eigentumes durch Zueigung). The Serbian Civil Code approximates more closely to Roman law on the subject of acquistion of things by *occupatio*[13].

Paragraph 235 lists the animals considered to be wild:

> § 235. Дивје зверје шумско, као медведи, курјаци (вуци), зецови, дивји вепрови итд. онога су, ко их ухвати или убије; а тако и дивје птице, биле оне за јело или не, онога су, ко их увати или убије. Кад и где није слободно ловити, определиће се особитом уредбом. (Wild animals of the woods, such as bears, wolves, rabbits and wild boars, are the property of the one who catches or kills them. Also wild birds, no matter whether for eating or not, are the property of their catcher or their killer. A special law shall regulate when and where hunting is forbbiden.)

This text is certainly in the manner of Roman texts. Strangely enough, Gaius' texts referring to *occupatio* do not include such examples, even though he applied this methodology in certain other writings[14]. As a result, Hadzic's text is clearer and more comprehensive than that of Gaius.

Apart from beasts of the woods and beasts of the land, as in Gaius birds and fish are singled out as animals that may be subject to *occupatio*. Hadzic's statement that the rules refer only to wild birds was probably inspired by Gaius' comment in D. 41.1.5.6 that there are wild and domestic species of birds. When Hadzic states further that it is irrelevant whether the wild birds are meant to be eaten or not, his approach is once again similar to that of the Roman lawyers in reducing the norm from an abstract level to an everyday one, thus adding a note of warmth and even good humour to the law.

There is no such provision in the Austrian Civil Code. The casuistic manner is alien to the spirit of the natural law school.

3.2 *Regula iuris* and paragraph 236

> § 236. Дивљач уваћена или припитомљена донде је наша, докле се у нашој власти налази; како пак природу дивљачине на себе узме, и испод власти наше изише, престаје бити наша, и припада ономе, који је први увати или убије. (Game that has been caught or tamed shall belong to us as long as it is under our custody; however, when it recovers its wild nature by escaping from our custody it ceases to be ours and becomes the property of the one who first catches or kills it.)

This paragraph reflects the Roman-law rule that the acquisition and loss of ownership of a wild animal coincides with the acquisition and loss of possession of that animal.

This rule is not included in the Austrian Civil Code. Apart from this, the Austrian Civil Code places tamed animals in the same category as domestic animals.

13 A. Malenica, "Rimska pravna tradicija u srpskom pravu", (2004) 38(2) vol. I, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu* at 132-133.

14 For example D. 9.2.2.2 (Gai. 7 *ad ed. prov*).

3.3 Wild and domestic animals and paragraph 238

> § 238. Животиња питома, као коњи, волови, итд. гуске, патке, кокоши, ћурке итд. ако и испод наше власти изиђу, опет остају наше, и право нам припада на повраћај, и сваки је дужан издати. (Domestic animals, like horses, oxen etc., geese, ducks, chickens, turkeys etc., even if they escape from our custody, remain ours, and we are entitled to claim their recovery and everybody is obliged to return them.)

As in Gaius' texts, wild and domestic animals are treated differently. A person does not cease to own a domestic animal on losing possession of it. However, Hadzic cited examples of more domestic animals than Gaius did. In addition to Gaius' fowls (chicken and geese), he also lists cattle, which is appropriate and improves the quality of the rule.

3.4 Bees and pigeons, paragraphs 239-241

> § 239. Рojеви домаћи и голубови наши су тако, као и друга питома животиња. (Domestic swarms of bees and flocks of doves are our property, like other domestic animals.)

> § 240. Рој од твога преседа твој је; и ти имаш власт устопце вијати га, и где год нађеш, узети га. Но ако ти њега за 24 сахата вијати пренебрегнеш, престаје бити твој, и припада као и друга дивјач ономе, који га увати. (The swarm of bees from your beehive is yours; and you have a right to pursue it continuously and take it wherever you find it. However, if you stop searching for it for twenty-four hours, it is no longer yours and it belongs to the person who catches it, like any other wild animal.)

> § 241. Рој шумски у грму сматра се као ствар ничија, и припада ономе, који га први нађе и грм закрсти. (A swarm in the woods is considered to be nobody`s property, and belongs to the one who first finds and captures it.)

Bees are an important subject, which, having been problematic to Roman lawyers as well as the authors of the Austrian Civil Code and the Serbian Civil Code, are discussed in detail. The Austrian Civil Code does not discuss pigeons, whereas Gaius and Hadzic do so. Hadzic classified pigeons among domestic animals. We have seen that this issue was a problem for Roman lawyers and that pigeons, as tamed animals, were treated as a category of wild animals. Gaius contends that bees are undoubtedly wild, whereas Hadzic divides them into two kinds; domestic and wild. Paragraph 240 of the Serbian Civil Code states that the owner of domestic bees has the right to look for the bees and pursue them, but that if he stops doing so for an uninterrupted period of twenty-four hours, the bees are considered to be wild and subject to *occupatio*. There is an evident link here with animals having the so-called *animus revertendi*. Nevertheless, Hadzic seems to have come up with a similar solution to that of the Roman lawyers, despite having taken a slightly different path.

The Austrian Civil Code, unlike Roman law, applies the same basic rule to domestic bees, other domestic animals and tamed animals, according to which domestic and

tamed animals are placed in the same category. They are not subject to *occupatio*, and ownership is not lost when possession is lost (§ 384).

The Austrian Civil Code, like the Serbian Code, reflects a strong Roman-law influence and, especially, the Roman lawyers' uncertainty about the classification of animals, particularly bees and tamed animals. However, Hadzic did not follow the solutions provided by the Austrian Civil Code in this case either.

3.5 Sheep and wolves in paragraph 256

> § 256. Овца моја, коју ти од вука отмеш, није твоја, но моја, ако ти труд наплатим и штету, коју си претрпео, накнадим; које неможе више изнети од вредности овце. (My sheep that you rescue from a wolf is not yours but mine if I repay you the effort and compensation for damage you suffered and it cannot exceed the value of the sheep.)

The formulation of this norm is reminiscent of the case, discussed by Pomponius, of the pig that was snatched by a wolf and later rescued by a farmer, the leaseholder of neighbouring land. We can find a norm with a similar purport, although formulated in an abstract manner, in the Austrian Civil Code (§ 403).

It is hard to believe that Hadzic did not have the opportunity to read that impressive Roman case. Still, the solution he devised improves on the strictly formalistic and essentially inequitable Roman solution, which focused only on the protection of property, without considering the need to reward the brave rescuer. There are provisions on the rescuer's right to a reward in the Austrian Civil Code, and some of them were included in the Serbian Civil Code.

4. Conclusions

There is no doubt that the Austrian Civil Code had a great influence on Hadzic and on the Serbian Civil Code. But it is not true that Hadzic simply translated and indiscriminately borrowed from the Austrian Code. In respect of *occupatio* of wild animals he preferred the direct reception of Roman law.

As we have seen, the relevant provisions are neither shorter nor fewer, as one might expect, considering the total number of paragraphs in both codifications. On the contrary, they are much more elaborate and extensive than those in the Austrian Civil Code.

Hadzic used techniques characteristic of Roman lawyers. His provisions are not abstract and impersonal as modern codifications are, but rather characterised by the use of examples. He also very often resorts to direct speech in order to get closer to the common reader. Thus he carried out a very important educational mission in a country where the legal culture and legal terminology were poorly developed.

Hadzic showed his admiration for and knowledge of Roman law. His language is very similar to that of Gaius. Since he was a writer and linguist himself it is no wonder that he was obviously impressed by Gaius' clear and understandable language and style. Nevertheless, he did not copy Roman texts indiscriminately. In some respects, he even improved on Gaius' texts.

Abstract

Jovan Hadzic, the drafter of the Serbian Civil Code issued in 1844 neither translated nor borrowed the provisions of the Austrian Civil Code on the *occupatio* of wild animals. He applied techniques typical of Roman lawyers – giving examples and cases such as the one in D. 41.1.44, using direct speech. Hadzic was obviously impressed by Gaius and his clear, comprehensible language and style. His language is very similar to that of Gaius (D. 41.1.1-6). Drawing on ancient Roman law and its casuistry, Hadzic drafted provisions which were down to earth and close to common people. His work was of great educational importance to ordinary readers, whose legal culture was at a low level after a long period of Ottoman rule.

OPERA JAM PAENE CONFUSA ET DISSOLUTA (*TANTA 1*)

David Pugsley*

The materials used for the compilation of Justinian's Digest were *jam paene confusa et dissoluta*: they were "mixed up together and falling to bits".[1]

There is no parallel passage in the Greek version, Δέδωκεν.[2]

There is no discussion of these words in Bluhme (1820)[3] or in Honoré (1978 and 2010).[4]

They are, however, very important, for two reasons.

1. The works read by the compilers were *confusa et dissoluta*. That is a clue as to where they were found or where they came from.

I think it was in April 1994 that I attended an advanced seminar[5] run by Aldo Cenderelli for his students in Milan. He started with the words *confusa et dissoluta* and asked us: Does that sound like Tribonian's private library?[6] Of course, the answer was no. He went on, like an advocate enjoying his cross-examination: Does it sound like the Constantinople law school library?[7] No. Does it sound like Justinian's imperial palace library? No. Does it sound

1 "Thoroughly intermixed and broken up as they may almost be called." (Monro, 1909); "Already to some extent confused and fragmented as they were." (Watson, 1975); "Gia frammentate e pressoche mescolate fra di loro." (Aldo Cenderelli, *BIDR*, 1993/94, 540); "Die schon fast ganz in Wirrnis und Auflösung geraten waren." (O. Behrends, R. Knütel, B. Kupisch, H.H. Seiler, *Corpus Juris Civilis, Text und Ubersetzung, 2, Digesten 1-10* (Heidelberg, 1995)).

2 There is no explanation in Friedrich Ebrard, *ZSS*, vol. 40 (1919) 113-135, or in T. Wallinga, *Tanta/Dedoken Two Introductory Constitutions to Justinian's Digest* (Groningen, 1989).

3 F. Bluhme, *Die Ordnung der Fragmente in den Pandectentiteln, Zeitschrift fur geschichtliche Rechtswissenschaft* 4 (1820 repr. Keip Verlag, Goldbach, 1997) 257-472. He refers to *Tanta 1*, in footnotes on pages 355, 356, 357 and 360, but never to these words.

4 T. Honoré, *Tribonian* (London, 1978) and *Justinian's Digest Character and Compilation* (Oxford, 2010). These words appear on page 28, note 151, of *Justinian's Digest*, but the text is concerned with what the compilers did to the material and not to the state in which they found it.

5 *Un corso universitario seminariale progredito*, Cenderelli, (1993/94) 534.

6 Franz Hofmann, *Die Compilation der Digesten Justinians* (Vienna, 1900) 75, followed by Honoré (1978) 68.

7 Hugo Krüger, *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Excerption* (Münster, 1922) 3.

* Dr. Dr. h.c., Professor Emeritus, University of Exeter.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 748-755

like a collection of works from all over the eastern empire? No. What does it sound like? A heap of discarded manuscripts, which have been heavily used but are no longer wanted.

Cenderelli's original view was that in the 430s the compilers of Theodosius' planned but never completed code of jurisprudence read all the relevant works, excerpted them and built up a *schedatura sistematica dei vari libri*,[8] a systematic card index; and it was that *schedatura* that Tribonian and perhaps the other compilers found in 528. But *confusa et dissoluta* does not sound like a *schedatura sistematica*, and in his later article all reference to *schede* and *schedatura* has disappeared.[9] What Justinian's compilers found were not *schede* compiled from the original works, but the original works themselves, *ipsa vetustatis studiosissima opera* (*Tanta 1*).

There is another possibility. After the Law of Citations, it was no longer sufficient for an advocate to cite one jurist, Ulpian for example, in support of his argument. The judge would need to know what the other four said.[10] In fact, what was really needed was a composite work setting out the majority view on as many legal points as possible. Individual inscriptions could be omitted. There was no point in having five or more inscriptions for a single rule. And the original works could then be discarded and forgotten. That explains Justinian's statements in *Tanta 17*: *quorum et nomina antiquiores homines non dicimus nesciebant, sed nec umquam audiebant*, the older men not only did not know their names but had never even heard them; and *in quibus multi fuerant et ipsis eruditissimis incogniti,* many of them were unknown even to the very learned.

The composite work was obviously displaced by Justinian's Digest and has not survived. Is there any trace of it? I think there is, in the *multitudo auctorum* in *Deo Auctore 6*, and the *multitudo antiqua* in *Tanta 17*. Let us take the second text first.

> *Tanta 17*: *Mirabile autem aliquid ex his libris emersit, quod multitudo antiqua praesente brevitate paucior invenitur ... ut egena quidem antiqua multitudo inveniatur, opulentissima autem brevitas nostra efficiatur.* ("Now there is something remarkable that appears from these books: it turns out that the *multitudo antiqua* is smaller than the present abridgement (the Digest) ... the *multitudo antiqua* is worthless but our abridgement is enormously valuable.")

Now what was the *multitudo antiqua*?[11] At first sight one would expect it to refer to the whole of classical law,[12] but in that case the text says that the fifty books of the Digest

8 Aldo Cenderelli, *Digesto e Predigesti Riflessioni e ipotesi di ricerca* (Milan, 1983) 43 and chapter III *passim*.

9 Honoré, (2010) in an extensive bibliography (210-214) includes Cenderelli's book but omits his later article.

10 There would be a similar problem in the law schools. After the Law of Citations, if the professor cited Ulpian, one can imagine a clever student putting up his hand and asking what the other four said. All the lectures would have to be re-written. For legal education, see *Omnem.*

11 The translation by Monro is inconsistent: "the old books, plentiful as they were," followed by "the ancient plenty." So is the translation by Watson: "the mass of old work," followed by "the ancient plenitude."

12 As it does in *Omnem 1*: *legum multitudo*.

are bigger than the two thousand books (Justinian's figure) of classical law from which it is derived: which is patent nonsense. And it says that classical law is worthless: which is an extraordinary statement from someone whose compilers have just spent three years working on it. That cannot be right.[13] If, however, the *multitudo antiqua* was a composite work of inscription-less fragments, both statements are reasonable and plausible.

We can now return to *Deo Auctore 6*:

> *Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est judicatote, cum possit unius forsitan et deterioris sententia et multos et maiores in aliqua parte superare.* ("Do not judge from the *multitudo auctorum* what is better and fairer. The opinion of an individual jurist of lower rank may sometimes be better than (the opinion of) the many of higher rank.")[14]

The *multitudo auctorum* cannot be all the classical lawyers. There would be no one left. But it could be a composite work of inscription-less fragments drawn from the works of the jurists singled out by the Law of Citations.

2. The works read by the compilers were *confusa et dissoluta*. That may explain the order or apparent disorder of the fragments in some Digest titles.

One example is Quintus Mucius Scaevola's *liber singularis ὅρων*, traditionally assigned to the Appendix. There are four fragments in the Digest. Two of them come from the last two long titles in the Digest, where the displacement of texts is exceptional: D. 50.16.241 and 50.17.73. In the first, Mucius precedes Javolenus 2 *ex post Lab*. In the second, it follows Javolenus 3 *ex post Lab*. The other two fragments are consistent with either position. In D. 43.20.8 it stands alone and could therefore fit in anywhere in the Appendix. In D. 41.1.64, it stands ahead of Labeo's *pithana*, which come later than Javolenus *ex post Lab.*, so that it could still come on either side of Javolenus. So the question boils down to this: where there is a conflict between D. 50.16 and D. 50.17, what conclusion should we draw?

Bluhme did not have a problem. He attributed D. 50.17.72 to the S Mass, so that D. 50.17.73 stands on its own and is consistent with any order.[15] It is now widely accepted that D. 50.17.72 also belongs to the Appendix,[16] so that the conflict is unavoidable.

13 There is no parallel passage in Δέδωκεν. Cp. n. 2 above. It appears that, although *Tanta* and Δέδωκεν were formally addressed to the same universal audience, *Tanta* was intended more for lawyers who might be interested in history and legal technicalities, and Δέδωκεν was intended more for the general public who were not.

14 "You must however, when comparing a number of authors, not pronounce on the work of one as better and juster, as it is possible for the opinion of one writer, and that one of inferior merit, to be preferable in some points to many and even better authors." (Monro); "Out of a large number of authors, you must not make a judgment that the work of one is better and more equitable, since it may happen that the opinion of one writer, perhaps of inferior merit, is better at some point than those of many other authors, even superior ones." (Watson). The translations of *multitudo* are not consistent with note 11, above.

15 These texts in D. 50.17 may have helped Bluhme to his conclusion that texts inscribed Javolenus belonged to the S Mass and texts inscribed Labeo belonged to the Appendix: *loc. cit.* 320, where however there is no systematic examination of the texts.

16 T. Honoré, "Labeo's *posteriora* and the Digest Commission" in *Daube Noster* (Edinburgh/London, 1974) 161-181.

Mantovani concludes that it is not possible to decide where the fragments of Mucius belong, nor even to which Mass they belong.[17] Osler maintains that D. 50.17 contains the primary evidence and that the order must have been altered in D. 50.16.[18] Honoré,[19] "with some hesitation," but no further reason, follows Osler's suggestion and places Mucius after Javolenus in his table on page 113, but in its Bluhme position before Javolenus on page 160 in his Addendum A, the BK Ordo Updated in the Light of Modern Scholarship.[20]

It is an unspoken assumption on the part of everyone from Bluhme onwards that the compilers worked on entire manuscripts. That is why he found it so remarkable that Proculus *epistolae* was split into two parts, separated by Pomponius *variae lectiones*.[21] If they had kept in mind the words *confusa et dissoluta* and in particular, the word *dissoluta*, they might have reached a different conclusion. The simplest explanation for the conflict between D. 50.16 and D. 50.17 is that the Mucius manuscript had fallen into at least two bits, which had been picked up and read separately, one before Javolenus and the other afterwards. Where the other two fragments belong, it is impossible to say.[22]

A second example is Scaevola's *lib. sing. quaestionum publice tractatarum*, also from the Appendix. Bluhme placed it after Pomponius *epistolae* and *senatusconsulta* because of D. 46.3.93. Mantovani agreed.[23] But there is also D. 24.3.65 (apparently overlooked by Mantovani) in which Scaevola precedes Pomponius *epistolae*. It also precedes Javolenus *ex post Lab*., which puts it next to Mucius (D. 50.16 fragment), though in what order we cannot tell. Krüger does not give it an asterisk. Honoré classifies it as a displacement designed to provide a mass introduction,[24] and includes it in his list of displacements (inversions of the normal order) in the Appendix under the heading "Did the Editors insert the Appendix Works strictly in Order?"[25] He there raises the question whether the number of such displacements or inversions is unusually high and concludes that it is difficult to say. Where that question arises, the first step is to check that the standard order is correct.

There are eleven Digest titles in Honoré's list.[26] In four of them, the books of Scaevola's *digesta* appear in the wrong numerical order. So such displacements do exist. The question is whether the other seven titles are also cases of displacement. We have

17 D. Mantovani, *Digesto e Masse Bluhmiane* (Milan, 1987) 110-111.

18 D. J. Osler, *IURA* vol. 39 (1988) 137-158, at 149-150. "Yet not so much a displacement as an interchange of position within the Appendix, which is not at all uncommon." But see below, on the order of Labeo's *pithana* and Scaevola's *digesta*.

19 (2010) 115.

20 If Mucius came after Javolenus there is no evidence as to whether it came before or after Scaevola's *digesta*.

21 *Loc. cit.* 449 and note 4.

22 See Cenderelli, (1993/94) 540: "Io ritengo che non si possa prescindere dal considerare e valutare anche il ruolo che puo avere giocato lo stato e l'organizzazione del materiale, senza dare per scontato (come, invece, di fatto si tende di fare) che essi abbiano lavorato sulle opere piu o meno integre dei giuristi classici."

23 *Loc. cit.* 102.

24 (2010) 183.

25 *Idem* 135-6.

26 The list overlooks D. 35.1.108-113, which Honoré actually discusses at page 114.

already looked at Mucius *lib. sing.* in which the conflict between D. 50.16 and D. 50.17 could more easily be explained by the fragmentation of the Mucius manuscript and its reading and excerpting at two different points in Bluhme's table. In the case of Scaevola's *lib. sing.* the conflict between D. 46.3 and D. 24.3 may be explained in the same way.

Our third example is Paul's work *imperialium sententiarum*. Bluhme placed it at the head of what he called Pp[27] or pP,[28] which since 1837 we have all called the Appendix. There has been much inconclusive discussion recently on whether it came at the end of the P Mass or the beginning of the Appendix.[29] That need not concern us here, where we are interested in the conflict between D. 35.1.113, which follows Scaevola's *digesta* and Pomponius *epistolae*, and D. 50.16.240, which precedes them (and Javolenus *ex post Lab*. and Labeo's *pithana*). Osler concludes, that "since the evidence is conflicting, we must concede that in at least one case the fragment has been displaced." There is an alternative solution: that Paul's manuscript had fallen apart into at least two sections (*opus dissolutum*) which had been read and excerpted at different times. D. 50.16.240 comes from book 1, and D. 35.1.113 comes from book 2, so that it is possible that the break came between the two books. The only other fragment from book 2 is D. 40.1.10. Osler says that "the text has clearly been displaced." However, it stands between the S and E Masses; it is a fairly long text reporting an actual case between named parties; and it has no connection with the texts on either side: I should say that it has clearly not been displaced. But the important point is that it stands on its own and is therefore no evidence of its relationship with other works in the Appendix.[30] The only other possibly relevant text is D. 36.1.83. It comes from book 1. It comes after two texts from Scaevola's *digesta* out of order, and its inscription contains two Roman numerals, which was forbidden. It should probably be ignored; but if it is taken into account, the break in Paul's manuscript came part of the way through book 1.

There are four Digest titles in which Labeo's *pithana* precede Scaevola's *digesta*, as against ten in which Scaevola precedes Labeo.[31] Bluhme and Krüger follow the ten in reconstructing their list. Are the four displacements, or is there some other explanation for them? Krüger does not give any of them an asterisk, nor does Honoré in his "Analysis of Displaced Texts".[32] Three of the texts come from Labeo book 1, which has eleven fragments altogether. Those three all concern the law of legacies, and Lenel prints them together as a little group under the heading *De legatis*.[33] So this may be another *opus dissolutum* in which one of the early pages has come loose and been read separately before

27 *Loc. cit.* 452.

28 Gustav Hugo, *Lehrbuch der Digesten* (2 ed. Berlin, 1828) 25.

29 Mantovani, *loc. cit.* 109-110; Osler, *loc. cit.* 147: "We may assign the work to either of these locations;" Honoré, (2010) 114-115: "The case for moving this work to the Papinian mass is therefore weak." In Bluhme's original First Table, *loc. cit*., between pages 266 and 267, the Appendix follows the P Mass without a break.

30 Honoré, (2010) 95, note 143, lists twelve texts possibly displaced to a position between the other two Masses.

31 Details in the last note to Krüger's *Ordo librorum*, from which D. 33.5 should be deleted because it concerns Labeo's *posteriora*, not his *pithana*.

32 (2010) 162-209.

33 *Palingenesia*, Labeo, 199-201.

the rest of the work, creating a break part of the way through book 1.[34] The fourth text is more difficult: D. 23.3.84. The inscription attributes it to book 6. That book provides six fragments, of which four concern the law of property, and Lenel prints them together under the heading *De acquirendo rerum dominio et rei vindicatione*. Our text and one other are left under a heading of two question marks. It is possible therefore that there is an error in the inscription: VI instead of I. Otherwise this text remains unexplained.

Honoré ends his discussion of these texts with the words: "In the upshot the explanation of the irregular sequence of these works of Scaevola and Labeo is obscure, but it may be relevant, as I have argued elsewhere, that both belong to a group of 48 books excerpted as a whole but divided into two lots of 24 books each." I do not understand that explanation. But there is no problem if Labeo's manuscript was an *opus dissolutum* and one of the early pages had come loose and been read separately at an earlier stage than Scaevola and the rest of Labeo.

The final Digest title presenting a problem is D. 46.1, where Javolenus *ex post Lab*. follows Labeo's *digesta* instead of preceding it in accordance with Bluhme's Table (h. t. 45, 46); but the Labeo fragment comes from his tenth and last book. It may be that there was a loose page here as well, which was not read until after Scaevola.

The explanation for the apparently wrong order in all these cases is either that the compilers were reading *opera dissoluta* or that they made all the displacements. When we bear in mind how much work the compilers had to do in how short a time, the first explanation is preferable.

So far, we have been looking at details of individual works. We can now turn to the general character of the Appendix.[35] The overall picture is one of *opera confusa et dissoluta*. Unlike the three original Masses, it does not begin with a major work; there is no apparent organising system or common factor. It is just a miscellaneous collection of odds and ends.[36] And nearly all the works show signs of being incomplete in one way or another. Some are incomplete at the beginning: Pomponius *epistolae* begin with, or in, book 5 (out of 20); Venuleius *actiones* begin with, or in, book 4 (out of 10); the Labeo/Javolenus work in the Appendix begins in the middle of book 2; Scaevola's *digesta* in the Appendix begins with, or in, book 3;[37] Labeo's *pithana* had a loose page at the beginning, which may have been read separately and earlier. Some are incomplete at the end, or must have seemed to the compilers to be incomplete in the light of the list that

34 D. 33.7 is a double title, that is, Bluhme's Masses appear twice. In the first section Labeo book 1 precedes Scaevola; in the second section it follows Scaevola. Honoré concludes that the two sections were edited separately by different compilers before they were amalgamated. I think that there was no change of editor but that part of book 1 was separated before the reading stage.

35 Cp. Honoré, (2010) 117-118.

36 "The Appendix in some ways remains more like a chance collection of texts than a mass." (Honoré, (2010) 94).

37 D. Pugsley, "The Victory Riots and the Appendix Mass" in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.11 (1991) 325-339, at 333-334, reprinted in D. Pugsley, *Justinian's Digest and the Compilers* (Exeter, 1995) at 9-10. See also Osler *loc. cit.* 137-158, at 154-158. That volume of *IURA*, though dated 1988, was not published until 28 December 1991, so that we reached the same conclusion independently.

became the Florentine Index after the completion of the Digest:[38] Paul's *imp. sent.* stops at book 2 (out of 6); Scaevola's *digesta* stop at book 34 (out of 40); Furius Anthianus on the edict stops at book 1 (out of 5); Javolenus *ex post Lab*. may have had a loose page at the end, which was read separately and later. The monographs by Mucius and Scaevola seem to have been fragmented. The only clearly complete works in the list seem to be Pomponius *senatusconsulta* (5 books) and Venuleius *interdicta* (6 books). There is at least one fragment from all the books in their works. That may be because they were attached in the same manuscripts to the larger works by the same authors.

When *Tanta 1* spoke of *opera confusa et dissoluta,* it was not confined to the Appendix or in any other way. It applied to all the works read by the compilers, including the three original Masses. After the initial works in the S and E Masses, down to the *digesta* of Julian and of Celsus and Marcellus, there is no appearance of any overall plan: some works are grouped by author; some works are grouped by subject matter;[39] some works are not grouped at all.[40] The contents of the Masses, and the order of the groups and individual works in them, seem to be largely haphazard.[41] The compilers working on each Mass seem to have selected the works to read independently of each other and as they came to hand in the pile of *opera confusa et dissoluta*. If the works were complete, they were read straight away. If they were not complete, they were set aside until the missing parts turned up. As they neared the end of the reading stage, they had to read the incomplete works even though the missing parts had not turned up. In Volusius Maecianus *14 libri de publicis judiciis* in the S Mass (BK 56) they had books 5, 10 and 11. In Venuleius *4 libri de officio proconsulis* (BK 91) they had two books. In Tarruntenus Paternus *4 libri de re militari* in the E Mass (BK 172) they had two books. In Callistratus *6 libri ad edictum monitorium* (BK 176), they had four books.[42] And in Papirius Justus *20 libri constitutionum* (BK 177) they had books 1 and 2 and one fragment of book 8.

We can now give a simple explanation of the Appendix. When the compilers started working on the *opera confusa et dissoluta* they could not conveniently do so in the room in which they found them. They therefore took them into three neighbouring rooms, where they worked on them separately as they progressed: hence the first three Masses. At the end there were only a few works and scraps of manuscript left in the original room. They therefore moved back there and finished them off. They were not

38 The original list, which begins with Julian and Papinian, followed by the other jurists in rough chronological order, must pre-date the Law of Citations, which altered the order of precedence, and Justinian, who abolished it: *Deo Auctore 5*, *in fine omnibus auctoribus juris aequa dignitate pollentibus*.

39 This creates problems: should Modestinus *regulae* be filed with Modestinus in the E Mass or with *regulae* in the S Mass? In fact it was filed with Modestinus. The E compilers got there first. But what about Licinius Rufinus *regulae* near the end of the E Mass, or Gaius *regulae* fairly near the end of the P Mass, which may have been read more or less at the same time? There are many other examples.

40 Ulpian's *3 libri de officio consulis* in the E Mass is a striking example. It is not grouped by author, or by subject matter (public offices), and it is too small to stand on its own. Why is it not next to Ulpian's *10 libri de officio proconsulis* in the S Mass, which is also ungrouped?

41 Honoré, (2010) 78 says there was a "coherent and sophisticated scheme." I cannot see it.

42 Bluhme placed all four books in this position. Krüger moved the first two up to BK 100. Mantovani moved them back again.

read late because they arrived late; they were read late because in one way or another they were incomplete. Scaevola's *digesta* did not turn up late.[43] That would suggest that they were not readily available at the beginning, either in Constantinople or Beirut, and were not brought from Beirut by the two *antecessores*, Dorotheus and Anatolius, but that they turned up later in some lesser university town and came from there. That seems most unlikely. They were part of the *opera confusa et dissoluta* left aside because the compilers only had thirty-four books and were waiting to find the other six. And that is the origin of the separate and miscellaneous group of works in the Appendix.

Abstract

Justinian's Digest was compiled from *opera jam paene confusa et dissoluta* (*Tanta 1*). That cannot mean an organised library. It was a pile of manuscripts discarded after being used to compile a composite, inscription-less work to implement the Law of Citations. That work was the *multitudo auctorum* of *Deo Auctore 6*, and the *multitudo antiqua* of *Tanta 17*. The compilers started reading entire works in three Masses, and ended with fragmented or incomplete works or mere scraps of manuscript in the Appendix.

43 Mantovani, *loc. cit.* 115, 116.

ALCUNE NOTE SUL *FAS* ED I PRECETTI NOACHIDI

Alfredo Mordechai Rabello*

Le veritable legislateur chez les anciens, ce ne fut pas l'homme,

ce fut croyance religieuse que l'homme avait en soi[1]

Scopo di questo studio è di esaminare alcune opinioni che avevano gli antichi abitanti del territorio romano, Quiriti, Sabini, Romani del *fas*, sia attraverso le antiche fonti romane, sia attraverso l'esame degli scritti di studiosi moderni che si sono preoccupati di problemi precivici, con qualche nota di comparazione con la legislazione noachide – valida per l'umanità intera – e sul processo che ha portato l'umanità alla idolatria.

Vi è da notare che oggi, a differenza di quanto avveniva solo qualche decennio fa, si dà anche fra i romanisti, maggior rilevanza all'elemento religioso nella vita degli antichi Romani, compresa la loro vita giuridica[2].

1. Definizione e etimologia

> Commentando il passo di Virgilio: "*Fas et iura sinunt*" Servio osserva: "*id est divina humanaque iura permittunt: nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent*"[3].

La credenza nell'origine divina del Diritto era una credenza comune a molti popoli[4], ed anche in un periodo più tardo, quando la religione era decaduta di molto, Cicerone

1 Fustel de Coulanges, *La cité antique* (Paris, lib. III, chap. XI).

2 Mi sono già occupato io stesso di questa problematica, e mi permetto quindi di rinviare il colto lettore a A.M. Rabello, *Effetti personali della Patria Potestas,* Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto Romano di Milano, Milano, 1979, pp. 25 ss.

3 Commento alle Georgiche, 1, 269. Nelle *Origines* (V, 2,2) di Isidoro di Siviglia troviamo la seguente spiegazione: "*Fas lex divina, Ius lex umana est*".

4 M. Minerbi, "Alcune considerazioni sulla concezione del Diritto nell'esperienza giuridica romana e nel Diritto ebraico", in *Studies in Judaism. Jubilee Volume presented to D. Kotlar,* A.M. Rabello (ed.), Tel Aviv, 1975, pp. xlvii ss.

* Professore emerito presso la Hebrew University of Jerusalem; Professore e Preside della Scuola di diritto presso lo Zefat Academic College.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 756-764

scriverà: "che i cittadini abbiano innanzi tutto la convinzione che gli dei sono i padroni e regolatori di tutte le cose, che tutto ciò che si fa lo si fa per la loro potenza, per la loro volontà e provvidenza"[5].

Consultando l' *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*[6] troviamo la seguente definizione di "*fas*": "Fas (as opposed to *ius*.) The moral law of divine origin, whereas *ius* is law created by men. The two terms appear together in the phrase *ius fasque*. *Fas* is what gods permit, *nefas* what they forbid. In its widest sense *fas* is what is permitted by law or custom".

Si può dire che tale definizione è quella più comunemente accolta dagli studiosi[7].

Venendo al senso etimologico di *fas*, i Romani fanno derivare *fas* dal greco *femì* e dal latino *fari*[8]: "*fata sunt quae divi fantur*". In tal caso il significato di *fas* è quello di manifestazione della volontà divina; Virgilio canta: "*at sperate deos memores fandi atque nefandi*"[9]; è evidente, anche per il mantovano, la relazione fra *fas* e *fari*[10] relazione che appare nella contrapposizione *fas/ius, lex divina/lex humana*[11].

2. Il *fas* più antico nell'opinione di alcuni studiosi moderni

Dopo aver per lungo tempo subito passivamente i voleri dei *numina*, identificati nelle forze naturali, sorse nell'uomo il desiderio di cercare di scoprire cosa gli dei non

5 *De legibus* (II, 8) e, in un altro passo: "Così la legge vera e primitiva, avendo carattere per ordinare e per proibire, è il diritto ragione di Juppiter supremo" (*De legibus*, II, 4).

6 di A. Berger, Philadelphia, 1953, p. 468.

7 In passato E. Cuq, s.v. *JUS*, in *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, (a cura di Daremberg et Saglio) Paris, 1877, III, I 731 ss. scriveva: "Le mot *Jus*, pris dans son acceptation normale désigne le droit établit par opposition au droit inspiré par les dieux (*Fas*) et à la coutume des ancêtres (*mores maiorum)*". V. anche A. Nicoletti, s.v. *Fas*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 7, 1961, col. 100 s.: "Fas inteso in senso obbiettivo può indicare non soltanto il lecito, ma tutto ciò che gli dei vogliono. Non i singoli riti ... ma i fondamentali doveri religiosi che costituiscono l'*ius sacrum* nelle varie manifestazioni".

8 Caecilius, *Statius apud Servium, Aeneides*, 2, 777.

9 *Aeneides*, I, 543.

10 F. Sini, "Fas et iura sinunt" *(*Verg., Georg. 1, 269). *Contributo allo studio della nozione romana di* fas*,* I. Il Sini conclude che "l'espressione *fas est* anche in Virgilio ha valore polivalente. Essa, al contrario di *nefas* (imperativo, naturalmente negativo, vietato), nel linguaggio virgiliano designa tanto atti e comportamenti non vietati, né comandati quanto atti e comportamenti ritenuti invece inderogabili sulla base del dovere religioso" sottolineando la relazione fra "obbligatorio", "permesso", "vietato"; si veda pure idem, *Documenti sacerdotali di Roma antica*. I. *Libri e commentari*, Sassari, 1983; idem, s.v. "*Fas*", in *Enciclopedia Virgiliana,* II, 1985 pp. 146-148. Osserva a proposito E. Paoli che, proprio la concordanza virgiliana fra *divina humanaque iura* "il faut entendre par *fas* le domaine des activités concédés par les dieux aux hommes": "Le monde juridique du paganisme romain", in RHD, 23, 1945, 1 ss.

11 L'Albanese, nelle sue *Premesse allo studio del Diritto Privato Romano* (Palermo, 1978), osserva che "*Fas* è purtroppo un termine di discussa etimologia e di controverso valore. Si è pensato o a una radice (*dha*) allusiva al portare, al porre; o ad una radice (*bha*) allusiva, invece, al manifestare (cfr. *Faino*), al dire (cfr. *Femi* e *fari-fatum*); questa seconda connessione è già operata, talora con conseguenze improbabili, dagli antichi: ad es., Prisc., *Partitiones duedecim versum Aeneidos* 6,117 (ed. Keil, III, p. 486)".

volessero, cosa fosse ritenuto illecito compiere (*nefas*) rimanendo quindi il resto, cioè quello che non era proibito, lecito, *fas*, atteggiamento non contrario al volere degli dei; *fas* sarebbe l'apparizione, la manifestazione della volontà divina.

I Romani primitivi "ridussero il *fatum* a un minimo numero di divieti inderogabili (*nefas est*), mentre ritennero, per ogni altra loro attività, di essere liberi, sia pure a patto di ottenere l'aiuto divino, di comportarsi secondo i propri voleri (*fas est*)"[12].

Vi erano pertanto alcuni atteggiamenti ritenuti da tutti come vincolanti; fra le attività ritenute illecite (*nefas est*) vanno annoverate le unioni sessuali fra parenti di sangue, l'omicidio, la disubbidienza al *pater* ecc. Si incominciò a ritenere come lecita (*fas*) la reazione della persona offesa, entro limiti determinati (*talio*[13]). In linea di massima, però, i romani ritennero necessario ottenere l'assenso, esplicito o implicito, degli dei onde conservare la *pax deorum*[14].

Secondo Pierre Noailles[15], il vero legislatore presso gli antichi non fu l'uomo, ma la credenza religiosa che l'uomo portava in sè; per questo essi – non diversamente dagli Ebrei – non concepivano il diritto come separato dalla religione. Religione e diritto nascono da uno stesso pensiero; *fas* si riferisce alla religione, al volere divino, è espressione della volontà divina, così come *ius* è espressione della volontà umana. Il *fas* è la sfera libera dell'attività permessa dagli dei, è quello che gli dei ordinano di fare; lo stesso *ius* deve essere subordinato al *fas*.

L'Orestano[16] ha cercato di arrivare a distinguere l'uso primitivo di *fas* da quello successivo, usato dalla fine della Repubblica romana in poi; l'uso primitivo di *fas-nefas* e *ius-iniuria* deve essere stato un uso predicativo, per indicare cioè se un dato comportamento concreto di una persona era lecito, o meno; se tale comportamento riguardava un interesse divino, si era nella sfera del *fas*; se un interesse umano nella sfera del *ius*: "Quanto più si risale nella storia dei popoli, tanto più vi si rileva dominante uno

12 A. Guarino, *Storia del Diritto Romano*, vi, Napoli, 1981, p. 119.

13 Si veda J. Klíma, "Intorno al principio del taglione nelle leggi pre-hammurapiche", in *Studi in onore di P. De Francisci,* III, pp. 3 ss.; B.S. Jackson (editor), *Jewish Law and Legal History in the Modern World, Jewish Law Annual Supplement,* con gli articoli di Jackson stesso (pp. 1 ss.) e di R. Yaron (pp. 27 ss.).

14 "Il *fas* fu, dunque, concepito ab origine come conseguenza indiretta della volontà divina. *Fas* fu il *non nefas*, fu la sfera di libertà lasciata dai *numina* agli uomini. Fu quindi, per definizione, l'espressione della volontà umana, sia pur condizionata dalle limitazioni del *nefas.* Tanto come sostantivo, quanto come predicato, la parola stette ad indicare un concetto formalmente positivo (il "lecito"), ma sostanzialmentre negativo, cioè il non vietato dai *numina*." A. Guarino, *Storia del Diritto Romano*, cit. p. 121; del Guarino si veda anche *Le Origine Quiritarie*, Napoli, 1973.

15 Si veda il primo capitolo "Fas et ius" del suo libro *Du droit sacré au Droit civil,* Paris, 1949, pp. 16 ss.; di P. Noailles, si veda anche: *Fas et Jus, Etudes de droit romain*, Paris, 1948.

16 R. Orestano, "Dal *ius* al *fas*. Rapporti tra diritto divino e umano in Roma dall'eta primitiva all'età classica", *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (BIDR) 46, 1939-40, pp. 194 ss.; Idem, "Elemento divino ed elemento umano nel diritto di Roma", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (RIFD), 21, 1941, p. 1 ss.; Idem, *Fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica,* Torino 1967.

strettissimo intimo legame tra religione e diritto ... *fas* e *ius* dapprima avrebbero indicato soltanto la conformità o liceità religiosa di un atto[17]".

La situazione sembra essere bene espressa, sinteticamente, dall'Albanese, nel surricordato studio: *Fas* è usato "per predicare la liceità d'un determinato comportamento in relazione ad un volere sovrannatuale".

3. L'ipotesi sabina

Sono ben note le relazioni fra gli antichi Romani ed i Sabini; le fonti romane ne parlano in particolare a proposito del ratto delle sabine. I Sabini, antico popolo italiano, formarono uno degli elementi etnici dell'antica Roma, vivendo sul Quirinale[18].

Per il nostro studio, merita particolare attenzione la teoria di Herman Van Den Brink[19], il quale, facendo proprie alcune teorie già avanzate in passato, sottolinea la non omogeneità della cultura romana, in cui si riscontrano vari influssi oltre a quelli etruschi, greci, troiani; vi si trovano elementi culturali indoeuropei, ariani, *latini* accanto ad elementi mediterranei, *sabini*; tenendo presente questa diversità d'origine si possono comprendere, secondo lo studioso olandese, varii fenomeni altrimenti incomprensibili. Le parole *ius* e *fas* sono state originariamente quasi dei sinonimi; in una cultura giuridica primitiva non si distingue fra *ius humanum* e *ius divinum*[20]. La liceità di un atto secondo il nuovo diritto della città – stato Roma non poteva essere espresso in maniera più netta che col dire che era conforme al *ius fasque*, che cioè né il diritto dell'una (*ius*) né quello (*fas*) dell'altra cultura vi si opponevano ... "[21]. Nel suo citato volume il Van Den Brink ribadisce che "On suppose que la notion *ius* est d'origine latine tandis que *fas* serait d'origine sabine; *ius* convient certainment à la structure d'esprit objective des Latins, tandis que la fréquente présence de *fas* dans le sens de "tabou" s'accorde à la manière de vivre des Sabins"[22]. Cercando di spiegare l'origine dell'espressione *ex iure Quiritium* egli osserva che "les *Quirites* furent jadis les habitants du Quirinal: les bourgeois sabins. L'apport des Sabins (*Quirites* donc) le *fas ... ex jure Quiritium* signifie que le droit dans le cas concret se base sur le nouveau droit (influencé aussi par le *fas* des Sabins"[23]. "È

17 La tesi dell'Orestano è stata accolta, fra gli altri, da Max Kaser: in due importanti contributi lo studioso tedesco ha affrontato il problema della relazione fra "Religione e Diritto in Roma Arcaica", in *Annali dell'Università di Catania*, 3, 1949, pp. 77 ss.; e *Das altrömische Ius*, 1949, pp. 301 ss.: "il mio pensiero è che *ius est* significasse alle origini, la liceità di un comportamento concreto di un uomo rispetto ad un altro uomo, e valesse ad eliminare il carattere di *iniuria* alla lesione che il primo eventualmente apportasse al secondo. *Fas est* indicava invece la liceità di un certo comportamento verso la divinità con la conseguenza da escludere che esso costituisse una offesa alla medesima, cioè un *nefas*."

18 Si consulti: M. Avi Yonah–I. Shatzman, *Illustrated Encyclopaedia of the Classic World*, New York, 1975, p. 401; v. anche E.C. Evans, *Cults of the Sabine Territory*, 1939.

19 Su cui si veda il suo volume in olandese *Ius fasque,* Amsterdam,1968, ed il riassunto in italiano "Ius fasque", in *Labeo*, vol. 16, 1970, pp. 140 ss., da cui sono tratte le citazioni.

20 *Labeo*, op. cit. p. 140.

21 *Labeo*, op. cit. p. 142.

22 p. 397 del riassunto francese.

23 pp. 397 s. del riassunto francese.

possibile che il contrasto tra la cultura dei Latini e quella dei Sabini sia proprio una conseguenza del subire, in varia misura, l'influsso mediterraneo. Così in epoca posteriore i Romani riportano la denominazione della loro società (*populus romanus Quirites*) all'associarsi dei soldati di Romolo (Latini) con il popolo sabino di *Cures*. Ma i filologi non escludono che la denominazione *populus romanus* non sia d'origine indo-europea, bensì mediterranea; *Quirites* sarebbero allora i discendenti dei guerrieri indoeuropei"[24].

Fra le divinità Giano sembra essere ritenuto il protettore dello stanziamento sabino; Marte-Quirino, Cere-Tello sono ritenute divinità che hanno due per due una funzione equivalente: si può quindi pensare ad una origine latina e sabina; nel culto sabino regna una stretta partecipazione; ci si rimette indefinitamente alla potenza divina, si vede, per usare l'espressione del Fugier, nel *fas* "una norma cosmica"[25].

Elementi *mediterranei*[26] accanto a quelli *europei;* non possiamo dunque escludere che in un epoca in cui in terra di Israele troviamo già salde istituzioni politiche, fossero giunte in Italia e a Roma anche l'eco di alcuni dei più antichi racconti biblici. Non possiamo escludere, dicevamo, ma nulla di più concreto.

4. Fas e Diritto ebraico nell'opinione di Boaz Cohen

Lo studioso Boaz Cohen (1899-1968) ha esaminato la differenza fra *fas* e diritto ebraico nel suo studio *Jewish and Roman Law*[27]:

> "Before concluding, let us note a striking contrast between Jewish and Roman law. The Romans were the only people of antiquity who disentangled completely their civil law from all their religious precepts in historical times. Perhaps the Roman theory about the origin of their law is not unconnected with this phenomenon. The belief in the divine inspiration of the Law, which was current among most ancient peoples, was confined by the Romans to ritual prescriptions, known as *Fas*, whereas the changeable rules regulating intercourse between individuals in society termed lex, were regarded as human institutions. *Fas lex divina ius lex humana est*. The Jews did not make this distinction. Perhaps the Greeks did not either. At any rate, Plato uses *vomos* for both religious and civil rules. Thus in the beginning of his dialogue on the Laws, there is the following passage: 'To whom do you ascribe the authorship of your legal arrangements Stranger? To a god or some man? To a god, Stranger, most rightfully to a god. We Cretans call Zeus our lawgiver; while in Lacedaemon where our friend here has his home, I believe they claim Apollo as theirs. Is

24 *Labeo*, op. cit. p. 170 s.

25 Sulla ipotesi sabina si veda anche lo studio dello storico E. Peruzzi, *Origini di Roma*, Firenze, 1970; per alcune osservazioni critiche, rinvio alla mia recensione, apparsa in *Archivio Giuridico*, 181, 1971, pp. 197 ss. Per una critica dell'ipotesi della conquista sabina si veda Poucet, "Les Sabins aux origines de Rome", in *Aufstieg und Niedergang der Roemischen Welt,* I, I (1972), pp. 48 ss. Si veda anche U. Coli, *Regnum*, *Studia et documenta historiae et iuris* 17, 1951 (= *Scritti di diritto romano* I, Milano 1973, pp. 483 ss.).

26 Anche i Greci avevano l'idea di una base religiosa delle leggi, come viene attribuito allo stesso Licurgo; si veda A. Biscardi, *Diritto greco antico*, Milano, 1982, p. 65.

27 New York, 1966 di cui si veda la mia Recensione in IURA, 22, 1971, pp. 551 ss. riprodotta ora in A.M. Rabello, *Ebraismo e Diritto. Studi sul Diritto Ebraico e gli Ebrei nell'Impero Romano, scelti e raccolti da F. Lucrezi,* Salerno, 2010, tomo II, pp. 195 ss.

not that so Megillus?' Now it was the total separation of the civil from the religious law that greatly facilitated the reception of Roman jurisprudence by the peoples of Europe in the Middle Ages. To sum up, since a critical comparison between Roman and Jewish law has hardly been inaugurated, it would be premature to make any statement on the question whether the Jews and the Romans had profited to any great extent from each other's legal experiences. But it is safe to assert that a scientific and comparative inquiry between the two great systems of law that have wielded such a considerable influence upon Western civilization, would result in an enhanced understanding of the great contributions made by the Jews and the Romans to the thought, the culture, and the legal science and institutions of Europe"[28].

5. L'opinione del Maimonide sulla perdita della conoscenza di D-o ed il conseguente passaggio all'idolatria dell'umanità

È evidente che, per chi fa propia la tradizione biblica della creazione del mondo e di un unico uomo da parte del Signore, uomo creato ad immagine divina, uomo con cui D-o stesso ha parlato direttamente, si pone il problema di come si sia arrivati, noi uomini, a perdere la conoscenza di D-o e si sia passati all'idolatria.

Il problema è stato trattato dal grande decisore e filosofo ebreo medioevale, Mosè Maimonide (1138-1204) nella prima parte del suo *Mishné Torà*, nel libro della conoscenza, regole sull'idolatria:

> "Al tempo di Enosh[29] gli uomini commisero un grande errore[30] e venne meno la saggezza dei saggi di quella generazione ed Enosh stesso era fra coloro che sbagliarono[31]. E questo era il loro errore, dicevano: dato che il Signore ha creato le stelle e gli astri per dirigere il mondo, e li ha posti nelle parti eccelse ed ha dato loro onore, e sono come servi che servono davanti a Lui, essi sono degni di essere esaltati e lodati e bisogna onorarli. E questo è il volere di Dio, benedetto Egli sia, fare innalzare ed onorare chi ha (lui stesso) innalzato ed onorato, così come il re vuole che siano onorati i suoi servi, che stanno davanti a lui, e questo è l'onore del re stesso. Dato che hanno pensato in questo modo hanno incominciato a costruire agli astri dei santuari e ad offrire loro dei sacrifici, e ad onorarli e ad esaltarli con parole e ad inchinarsi dinanzi a loro – per raggiungere il volere del Creatore e concigliarsi (la sua benevolenza, attraverso tali intermediari) secondo la loro idea stolta. È questo l'inizio dell'idolatria ... ."

Basandosi poi sui versetti del profeta Geremia X, 7-8 spiega il Maimonide: "cioè a dire: Tutti riconoscono che non vi è altro D-o, ma il loro errore e la loro follia consiste nel credere che nella vanità (del loro culto degli astri) Tu metti la Tua volontà".

28 Vol. 1, pp. 28 ss.

29 figlio di Shet, nipote di Adamo.

30 Ci si basa sul verso 26 del capitolo 4 della Genesi, come interpretato dai Maestri del Talmud: "allora si incominciò a chiamare nel nome degli dei", cioè – spiega il commentatore della Bibbia, Rashì (1040-1105) – si incominciò a vedere nell'uomo e negli astri degli esseri superiori, divini.

31 divenendo, cioè idolatra, come dice il Talmud, *Shabbat*, 118 b.

Nei paragrafi e capitoli successivi spiega il Maimonide come l'Umanità abbia proseguito ad allontanarsi da D-o, pur credendo di farne il volere, fino a che "nacque la colonna del mondo, nostro Padre Abramo", che ritrovò il Signore e se ne fece servitore e portatore della Sua verità nel mondo, fino a tralasciare questa verità come eredità al popolo di Israele, suo discendente.

6. I sette precetti noachidi

Secondo l'interpretazione talmudica nella Bibbia sono contenuti anche i cosiddetti sette precetti noachidi[32], dati da D-o ad Adamo e poi a Noè e che, come tali, debbono essere osservati da ogni uomo o donna, dall'umanità intera, discendente, appunto, da Adamo, il primo uomo creato da D-o e da Noè, unico susperstite dal diluvio universale[33]. Tali precetti sono: 1) il divieto d'idolatria; 2) il divieto di bestemmia o blasfemia; 3) il divieto di omicidio; 4) il divieto di incesto e dell'adulterio; 5) il divieto di furto e rapina; 6) l'obbligo di stabilire dei tribunali che assicurino l'ordine, la giustizia e assicurino il rispetto di tali norme; 7) il divieto di mangiare un arto tratto da un animale vivo.

Fin dai primi capitoli della Genesi i Maestri hanno voluto far presente che la Torà è fonte di norma, per il mondo e per Israele; il discorso, la lezione tenuta oralmente, dovevano basarsi su una parola del testo, su un particolare linguistico che permettesse a chi rileggeva il testo scritto di ricordarsi la "lettura" fatta dai Maestri e la norma di *Halachà* che ne era stata fissata.

7. L'opinione di Elia Benamozegh sull'origine della umanita (Adamo nel Gan Eden) e sul suo compito finale

Rifacciamoci ora a quanto scritto dal Rabbino livornese, Elia Benamozegh (1823-1900). Nel suo studio *La Resurrezione secondo la Bibbia* il Benamozegh si sofferma sui primi capitoli della Genesi: "Ma parliamo intanto dell'uomo solo. E domandiamo: è possibile che lo scopo da D-o propostosi, non sia mai raggiunto, che la creatura da Lui immaginata, non debba giammai esistere, che le condizioni favorevoli all'uomo elargite e perdute per sua colpa, non debbano mai essere riconquistate? ... Non si comprenderebbe questo

32 In ebraico: *shéva mizvot bené Noach.*

33 Se ne veda l'elenco in Toseftà, *Avodà Zharà* 8:4 e Talmud Babilonese, *Sanhedrin* 56 a; si veda pure A. Pallière, *Le Sanctuaire inconnu*, Paris, 1926; A. Lichtenstein, *The Seven Laws of Noah*, New York, 1981; S. Stone, "Sinaitic and Noahide Law: Legal Pluralism in Jewish Law", in *Cardozo Law Review,* 12, 1991, pp. 1157 ss.; N. Rakover, *Law and the Noahides*. *Law as Universal Value*, Jerusalem, 1998; A.M. Rabello, *Introduzione al Diritto Ebraico,* Torino, 2002, pp. 6 ss.; R. Fontana, *Aimé Pallière. Un "cristiano" a servizio di Israele*, Milano, 2001, cap. IV: "Il noachismo", pp. 87 ss.; Idem, *I Precetti di Noè*, in *Bibbia e Oriente,* 44, 2002, pp. 65 ss.; E. Benamozegh, *Il mio Credo* a cura di L. Amoroso, Pisa, 2002, pp. 53 ss.; A.M. Rabello, "Su alcune interpretazioni dei primi capitoli della Genesi nel pensiero del Rav Elia Benamozegh", in *La Rassegna Mensile di Israel,* 2003, pp. 25 ss.; S. Last Stone, "Legge sinaitica e legge noachide: il pluralismo giuridico nel diritto ebraico", in *Daimon,* 10, 2010-2011, pp. 19 ss.; F. Lucrezi, *Il procurato incendio in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"* VI, Torino, 2012, pp. 73 ss.; R. Fontana, *Informe mi hanno visto i tuoi occhi. Piccola miscellanea noachide,* Cantalupa, 2012.

racconto d'un bene perduto, se non per essere incitati a rientrarne in possesso. Perchè queste rivelazioni, questi precetti, questa attenta previdenza, questa direzione continua di cui l'uomo è ormai oggetto, se non per farlo risalire a passo a passo, col sudore della sua fronte, alle altezze serene, donde fu precipitato, se non per fargli riconquistare, con l'educazione, l'espiazione e la lotta, dopo il peccato, quel che egli possedeva nel suo stato d'innocenza avanti del peccato? Un antico cabbalista, R. Menachem Recanati, l'aveva già notato nel suo *Behur 'al Hatorà:* Prima di abbandonare la storia del Paradiso, osserviamo la causa per cui l'uomo ne e` cacciato, affinche`, dice il testo: *l'uomo non stenda la mano all'albero di vita, e mangiando i frutti, non viva eternamente*. Ecco, dunque:

(1) l'attitudine dell'uomo a riconquistare la sua prerogativa antica;
(2) e infine, se lo scopo che Idd-o s'e` proposto nella creazione, deve essere raggiunto, bisogna che *il frutto dell'albero di vita sia mangiato,* tutto il contrario di quanto resulta dall'apparenza della narrazione. Ciò si fa chiaramente comprendere nel libro dei Proverbi. La legge, la scienza, ecco l'*Albero di Vita* che bisogna cercare, e il frutto del giusto è il frutto dell'albero di vita. Si paragonino a questi passi tutti quegli altri, senza numero, dove la legge, la scienza si dice concedere la vita, e ci si persuaderà che, pur significando, senza dubbio, la vita presente, si vuole esprimere la vita, la vita in generale, di cui il vivere presente è solo una fase e una conseguenza[34]".

Appare evidente, per il Benamozheg, non solo l'unitarietà del genere umano e quindi l'universalita` del messaggio biblico dei primi capitoli della Genesi, compresi i precetti noachidi, ma anche l'eterna attualità del messaggio biblico ed il dovere dell'umanità tutta di cercare di applicarlo: tale dovere, ci dice Benamozegh, non e` limitato nel tempo.

8. Conclusione

Dall'esame che abbiamo compiuto fino ad ora risulta che vi sono varie testimonianze sulla origine delle prime norme giuridiche: per i Romani, o i Sabini, una trasgressione al divieto di una norma religiosa sarebbe stata considerata da essi come NEFAS, ed un attenimento ad una condotta che non contravvenisse il divieto, sarebbe stata considerata FAS: vi è da vedere in questa attribuzione di norme fondamentali alla divinità il desiderio di avere alcune norme basilari di sicura giustizia.

E` interessante la definizione di giurisprudenza data da Ulpiano, e ripresa da Giustiniano: "*Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*"[35].

La relazione fra divino ed umano appare, nella definizione ulpianea, del giurista originario di Tiro, evidente. Tale definizione, scrive l'Orestano, "può infatti considerarsi derivata in linea diretta da quella stessa concezione che già aveva attribuito agli antichi pontefici, di cui i giuristi laici sono i continuatori ideali, la conoscenza delle *res divinae* e *humanae*, anche in quanto oggetto di normazioni giuridiche. Riportando infatti la

34 Riportato in E. Benamozegh, *Scritti scelti*, a cura di Alfredo S. Toaff, Roma, 1955, pp. 74 ss.

35 Institutiones Iustiniani 1,1,1; Ulpianus, *Dig*. 1,1,10,2.

definizione di Ulpiano alla distinzione fra *ius divinum* e *ius humanum* in base all'oggetto delle norme, essa non solo appare pienamentre giustificata sia nel piano storico che in quello dommatico, ma illumina la persistenza dell'antica e primitiva concezione, anche per cio` che riguarda il modo di intendere tutti i passi (dei giuristi romani)"[36].

Dal canto loro le fonti ebraiche parlano di una comune conoscenza da parte del genere umano tutto, proveniente da Adamo, del Signore e del Suo volere; anzi, secondo i Maestri dell'Ebraismo la legislazione divina universale inizia con i comandi del Signore ad Adamo, e si completa con la legislazione noachide, nell'ambito del patto stabilito dal Signore, unico D-o di Adamo e Noè, con Noè stesso (Genesi, IX, vv.8-17); risulta quindi evidente che quanto era stato comandato a Adamo prosegue a aver valore anche per Noè ed i suoi discendenti, cioè tutti gli esseri umani (in ebraico: *benè adam*, cioè figli dell'uomo, figli di Adamo); i comandi successivi non vengono quindi ad abolire la validità dei precedenti comandi divini.

Bisognerà aspettare la venuta di Abramo per avere una legislazione particolare per Abramo e la sua discendenza,un patto; tale patto, però, si aggiunge alle norme precedenti, così come la Rivelazione di D-o sul Sinai prosegue il patto di Abramo; scrive a tal proposito di nuovo Elia Benamozegh: "Pensate a quegli altri precetti che lo stesso Mosè confessa originati e praticati dai padri antichissimi, la circoncisione data ad Abraham, il lavoro imposto a Adamo, il dovere di prolificazione nato coll`uomo"[37].

I Maestri dell'Ebraismo hanno effettuato, nel *Midrash Echà*, sulle lamentazioni di Geremia e a commento di un passo di Osea, un interessante parallelismo fra la cacciata di Adamo dal Gan Eden, dopo il peccato e la cacciata dei figli di Israele dalla terra d'Israele per aver trasgredito il patto.

Abstract

The aim of this study is to examine some opinions about the fas with which the ancient inhabitants of the Roman territory, the Quiriti, Sabini and Romans, complied. Our study considers the ancient Roman sources and the writings of modern scholars; and includes some notes of comparison with the Noahide legislation that applies to the whole of humanity. The Jewish sources speak of a common understanding on the part of all mankind, as from the time of Adam. According to the Bible and the Masters of Judaism, divine legislation begins with the Lord's commands to Adam, and is completed with the laws of Noah. It is therefore evident that the commands given to Adam continue to be of value even to Noah and his descendants, namely all human beings (the sons of Adam and of Noah).

36 Dal *ius* al *fas*, cit. supra nt. 17, pp. 205 s.

37 E. Benamozegh, *Cinque conferenze sulla Pentecoste,* Livorno, 1886, pp. 90 ss. Si veda ora anche A. Lichtenstein, *By His Light. Character and Values in the Service of God.* Tel Aviv, 2012, pp. 19 ss. (in ebraico).

KARL ANTON VON MARTINI DER ROMANIST

J. Michael Rainer*

Gemeinhin gilt der Grundsatz, dass das österreichische ABGB ein Gesetzbuch des Naturrechts sei und dass das naturrechtliche Erbe dieses bedeutenden Gesetzbuches auf seinen ersten Bearbeiter Karl Anton von Martini zurückgehe. Dass Martini eine gediegene Ausbildung in Philosophie und Naturrechtslehre erfahren hatte steht außer Zweifel, in Innsbruck (1741-1747) wie in Wien (1747-1751) hatte er jahrelang bei seinem Lehrer Paul Josef Riegger studiert und war auf dessen Betreiben 1754 auf den Lehrstuhl für Naturrecht, Institutionen und Rechtsgeschichte berufen worden. Allein aus der Bezeichnung des Lehrstuhles ergibt sich, dass sich Martini neben Naturrecht insbesondere auch um Römisches Privatrecht (Institutionen) und Römische Rechtsgeschichte zu kümmern hatte. Dieser Aufgabe ist Martini in vollem Ausmaße nachgekommen. Wer glaubt, er habe vornehmlich Naturrecht gelehrt und das Römische Recht vernachlässigt, der irrt sich gründlich. Das Gegenteil ist wahr: Martini war auch ein engagierter Lehrer des Römischen Rechts, das ihm als unverzichtbare Grundlage der Juristenausbildung erschien und dem er wie seine Kodifikation uns lehrt eine tragende Bedeutung für die juristische Moderne beimaß. Als junger und soeben neuberufener Wiener Professor bemühte er sich, umgehend und ehest möglich ein gründliches Kompendium mit Lehr- und Handbuchcharakter für seine Hörer zu verfassen. In diesem Buche, „Ordo historiae iuris civilis“, das zu Unrecht heute in Vergessenheit geraten ist (möglicherweise weil es in lateinischer Sprache verfasst und niemals übersetzt wurde), gibt Martini einen fundierten Überblick über die Entwicklung von Staat und Recht. Die Lektüre ist aber auch insofern lohnenswert, weil der Autor viele durchaus originelle und moderne Ideen vertrat und sich einer auch uns nahestehenden didaktischen und pädagogischen Methode befleißigte.

Überaus interessant ist es, dass Martini am Beginn des 2. Kapitels, als er über die Gesetze der Römer zu sprechen beginnt, in Paragraph 1 darauf hinweist, dass die Ursprünge Roms und des römischen Volkes mehr durch dichterische Fabeln überliefert werden, als durch eine ununterbrochene und ungetrübte historische Überlieferung. Festhalten möchte er freilich am Gründungsjahr Roms, somit dem Jahr 753 v. Chr.. Im Weiteren folgt er, was das römische Königtum anbelangt, im Wesentlichen dem Bericht des Livius und des Dionys von Halikarnass und stellt auf diese Weise geradezu die Verfassung des Romulus

* Dr. iur. Dr. phil. Dr. h.c. mult., ordentlicher Universitätsprofessor für Römisches Recht und Modernes Privatrecht, Universität Salzburg.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 765-776

dar. Eine positive Bewertung erfahren die *leges regiae*. Sie seien für Jahrhunderte die Grundlage des römischen Erfolges gewesen, hätten sie doch die religiösen Sitten und Gebräuche der Römer im griechischen Sinne verfeinert und im Übrigen auch dazu beigetragen, dass innerhalb der Familien Werte wie Tapferkeit und Mäßigkeit obsiegt hätten (§ 7). Martini zitiert in diesem Zusammenhang eine ganze Reihe von Quellen, und auch das bei Aulus Gellius überlieferte Verbot für Frauen, Wein zu trinken. Bezüglich Numa Pompilius unterstreicht Martini in § 11 insbesondere dessen religiösen Reformen und Ordnungen, die Unterteilung der Tage in *fasti* und *nefasti* sowie die Begründung der Priesterschaften: *Flamines, Virgines Vestales, Salii, Fetiales*. Besonders betont er freilich die Bedeutung des Pontifikalkollegiums. Zu Recht verweilt Martini im § 16 bei der großen Staatsreform des Servius Tullius und hebt hervor, dass durch diesen König das Volk in 6 Klassen eingeteilt worden sei sowie in 193 Zenturien und dass nicht jeder Stimme der gleiche Wert zukam, sondern dass die *quantitas bonorum* ausschlaggebend gewesen sei. Als besonders wichtig unterstreicht er dabei die Einführung des Census zum einen, zum anderen vergaß er aber nicht hervorzuheben, dass die Kuriatkomitien weiterhin, insbesondere im Adoptionswesen eine Rolle spielten. Äußerst interessant ist, dass Martini nicht zwischen der sogenannten ersten Klasse und der „Reiterklasse" unterschied, sondern diese einfach als erste Klasse der Wohlhabendsten mit 98 Zenturien beschrieb, während er zum anderen hervorhob, dass die 6. Klasse der *proletarii* nur aus einer einzigen Zenturie bestanden habe. In § 17 wird auch auf die Schandtat des Sextus Tarquinius gegenüber Lucretia verwiesen, und diese Schändung als Grund dafür angegeben, weshalb das Volk selbst das so mächtige Königtum abschaffte. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Terminologie Martinis und zwar wenn er davon spricht, dass eine *ingens multitudo* ein *potentissimum regium imperium* abgeschafft habe. Die *ingens multitudo*, die eine Herrschaft abschafft, kann durchaus im Sinne einer positiven Revolution angesehen werden.

Das 4. Kapitel ist den Gesetzen der Römer während der freien Republik gewidmet. Dabei folgt Martini im § 1 der annalistischen Tradition, indem er die unmittelbare Einführung von zwei Konsulen mit eben derjenigen Machtfülle der Könige, aber eben auf ein Jahr beschränkt, annahm. Im § 2 weist Martini darauf hin, dass zwar ein Teil der Bestimmungen aus der Königszeit von den *pontifices* und den Konsuln gleichsam in Form von *mores maiorum* beibehalten wurden, dadurch sei allerdings grundsätzlich keine Beschränkung der konsularischen Gewalt erfolgt. Nach § 3 befand sich die gesamte Jurisdiktion in der vollkommenen Machtfülle der Konsulen, die nur im äußersten Notfall durch einen Diktatur abgelöst werden hätten können. Als politischer Kompromiss zwischen Patriziern und Plebejern nennt Martini in § 5 die Errichtung des Volkstribunats. Auch hier hält sich Martini an die annalistische Tradition und nennt das Jahr 493 als Begründung des Tribunats, in Zusammenhang mit welchem er auch als ein weiteres demokratisches Element die *concilia plebis* (§ 6) hervorhob. Eingehend wird auf die XII Tafeln Bezug genommen. Eingegangen wird auch auf den Umstand, dass eine römische Delegation Griechenland besuchte, um dort die Gesetze Solons kennenzulernen. Nach Rückkehr dieser Delegation sei das Kollegium der Dezemviren mit dem höchsten Imperium eingesetzt worden. Die Kommission habe zum Teil griechisches Recht auf der Grundlage des Hermodors aus Ephesos, zum Teil heimisches Recht herangezogen und in

Tafeln aufschreiben lassen. Martini weist darauf hin, dass Jacobus Gothofredus als erster versucht habe, die XII Tafeln zu rekonstruieren (§ 13). Erstaunlicherweise weist Martini in § 14 darauf hin, dass zwar der Erhaltungszustand der XII Tafeln ein ungewisser sein mag und dass das römische Recht in der Folgezeit zahlreichen Änderungen ausgesetzt gewesen ist, dass aber letztlich die gesamte Weiterentwicklung des römischen Rechtes und die Erkenntnisse bezüglich der einzelnen rechtlichen Einrichtungen ohne die Kenntnis dieses alten Rechtes undenkbar seien. Aus diesem Grunde werden die in der Fassung von Gothofredus überlieferten XII Tafeln zur Gänze abgedruckt. Martini weist ausdrücklich darauf hin, dass er auch dabei verweilen möchte, die einzelnen Stellen zu interpretieren. Bezüglich der Bedeutung der XII Tafeln verweist Martini auf den Ausspruch des Crassus in Cicero Orat. 1,43. Am Beginn des anschließenden Kapitels 4 lobt Martini in § 1 die XII Tafeln im Bereiche der Gesetzgebung wegen ihrer Eleganz und ihrer großartigen Kürze: *eleganti vero absoluta brevitate verborum.* Die Bewunderung des Stils der XII Tafeln hat Martini offenbar derart verinnerlicht, dass sein späterer eigener Gesetzgebungsstil davon nachhaltig geprägt zu sein scheint. Zu Recht stellt er aber fest, dass durch die Entwicklung des Staates und dadurch der Verhaltensweise des Volkes in weiterer Folge sich notwendige gesetzliche Veränderungen ergeben mussten. Auch dies ist eine interessante Beobachtung, nämlich dass Gesetze nicht von Ewigkeit sein können. In § 2 weist er darauf hin, dass in der weiteren Entwicklung durch die Edikte der Amtsträger, die *senatus consulta*, die Interpretation der Rechtsgelehrten insbesondere hinsichtlich der Urteile, die Gesetze des Volkes und die Gewohnheiten vieles verbessert, Überholtes verändert und damit das Recht ausgedehnt wurde. Bemerkenswert sind Martinis Ausführungen in § 7 bezüglich des Prätors, nachdem in den vorangegangenen Paragraphen ein Überblick über die verschiedenen Magistraturen gegeben worden war. Im § 7 hebt Martini hervor, dass ursprünglich der Prätor sowohl *de jure* wie auch *de facto* entscheiden hätte müssen. Dies in dem Sinne, dass er nicht nur Gerichtsmagistrat, sondern auch Richter gewesen sei. Erst durch die große Anzahl an Streitigkeiten seien unter verschiedenen Bezeichnungen und Kompetenzen Richter eingesetzt worden. Diese mussten aufgrund der prätorischen Formel über die Sache selbst entscheiden. In diesem Zusammenhang zitiert Martini sowohl Cujaz wie auch Noodt.

Wo immer man hinblickt, wird man feststellen, wie bemüht Martini war, sich auch auf die sogenannten außerjuristischen Quellen zu stützen. Bei der Kommentierung der Worte Papinians zur Bedeutung des prätorischen Edikts *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia* weist er darauf hin, dass die Rechtssetzungstätigkeit der Amtsträger im Zusammenhang als *ius honorarium* bezeichnet wird, und er versucht in einer Fußnote mehrere Edikte zu identifizieren, jenes des Octavius zum *dolus malus,* auch die *lex Aquilia*. In diesem Zusammenhang zitiert er neben Cicero ad Quintum fratrem 2,7 und de officiis 3,19 sowie de natura deorum 3,30 auch den auctor ad Herenium 2,13. Doch Martini geht noch weiter. Er konzediert den Prätoren durchaus Ergänzungs- und Verbesserungsstrategie und verneint auch nicht ihre grundsätzliche Rolle als Rechtsschöpfer, falls sie bei vielen neuen Lebenslagen notwendigerweise bewegt durch einen Gerechtigkeitssinn „*quod aequitas suggerebat*“ Strategien entwickelten und Maßnahmen ergriffen. Er verschweigt auch nicht, dass diese Rechtsschöpfung der Prätoren durchaus von manchem Betrachter als negativ angesehen wurde, und er zitiert in diesem Zusammenhang unter den

modernen, insbesondere Thomasius Nova iurisp. Justin. 1,7. Martini ist hier vorsichtiger, und unterstreicht, dass bei der prätorischen Rechtsfortentwicklung durchaus die *aequitas* im Vordergrund gestanden haben musste, sei doch kein einziger Fall eines Volkstribunen bekannt, der gegen ein derartiges prätorisches Edikt vorgegangen wäre. Es ist dies ein Argument durchaus von bestechender Natur, das man ansonsten nicht finden wird. Im übrigen, wenn die Prätoren bestehendes Recht überwanden, so taten sie das wohl deshalb, weil es bereits obsolet geworden war oder weil die *naturalis ratio*, die natürliche Vernunft, eine Veränderung geradezu erforderte, auf dass nicht *summum ius* zur *summa iniuria* werde (§ 18). Im Übrigen seien die Erneuerungen des Rechts nicht vom Prätor erfunden worden, er sei aus dem Grund nicht direkt als Gesetzgeber zu bezeichnen, sondern er habe bereits bestehendes Gewohnheitsrecht in eine normative positive Form gegossen. Überaus eingehend beschäftigt sich Martini mit einer weiteren Rechtsquelle nämlich dem Juristenrecht. Dabei unterstreicht er, dass bereits im Anschluss an die XII Tafeln die Interpretation entstanden sei (§ 24). Gerade bei der Darstellung dieser Rechtsquelle bezieht er sich immer wieder auf außerjuristische Quellen wie Cicero, hält sich aber dann im Wesentlichen an die Darstellung des Enchiridium des Pomponius. Im weiteren unterstreicht Martini die grundsätzliche Bedeutung der Juristeninterpretation für den Einzelfall, hebt aber sodann (§ 30) hervor, dass man erst dann von Rechtsquelle sprechen kann, wenn diese durch eine in der Zeit erprobte Übung bei allgemeinem Konsens und schlicht und einfach durch Überführung, auch durch Analogieschlüsse in die allgemeine Praxis außer Streit gestellt worden sei. Dabei stützt er diese Aussage auf Cicero Caec. 26, Orat. 1,57 sowie de invent. 2,54. Immer wieder wird dabei die *vetustas* des Konsenses hervorgehoben (§ 31). Unter Bezugnahme auf Bynkershoek obs V. 16 bezeichnet Martini dieses Recht als *ius commentitium*, weil es gegen die Strenge des Gesetzes durch fiktive Denkweisen von den Gelehrten eingeführt worden sei (*per fictiones*: geradezu durch Gedankengebäude im Wege der Interpretation). Auf der Grundlage der historischen Literatur und der juristischen Überlieferung geht Martini sodann (§ 40) auf Plebiszite und Gesetze (§ 41-44) ein. Zu den langen Gesetzeskatalogen werden immer wieder auch historische Erklärungen geliefert. Martini kritisiert das ausgehende 2. Jahrhundert, die Zeit der Gracchen, des Drusus, des Apulejus, des Marius und des Cinna sowie des Sulla als im allgemeinen von Bürgerkriegen und Verfall gezeichnete Zeit und gelangt dann zum Satz, *corruptissima respublica plurimae leges*, unter Hinweis auf Velleius Paterculus (im § 45 werden in diesem Zusammenhang alle nur möglichen gesetzlichen Bestimmungen aufgezählt). Auch hier zeigt sich wieder, wie sehr Martini mit der antiken Literatur vertraut war. Im weiteren werden die Gesetzgebungen des Pompeius und Caesar dargestellt. Es ist jedenfalls erstaunlich, wenn Martini in § 46 das 2. Triumvirat auf das Schärfste kritisiert und darauf hinweist, *opressa est libertas totius reipublicae*. Aus diesem Grunde hätte es für viele Jahre Streit *non mos non ius* gegeben. Die Vorgehensweise der Triumviren wird als *inquissime* bezeichnet.

Im 5. Kapitel behandelt Martini das Fortschreiten des römischen Rechtes, von Augustus bis Hadrian. Hier gibt Martini ein positiveres Bild des Caesar Octavianus, obwohl er durchaus konzediert, dass er den letzten Bürgerkrieg gegen Marc Anton unter Umständen auch „aus Begierde um die Macht“ *cupidus dominandi* unternommen habe, aber freilich auch wegen einer *necessitas* des Staates, in welchen es damals

keinen Platz für Gesetze gegeben habe. Aber summa summarum folgt Martini in seinem Urteil über den Alleinherrscher Octavian Augustus doch sehr stark Tacitus, der die Alleinherrschaft gegeißelt hatte, wobei Martini unterstreicht, dass es Augustus war, der sich zum Gesetzgeber aufgeschwungen hätte (§ 3). Er bezeichnet es auch als Schlauheit, *calliditas,* wenn selbiger die alten Amtsbezeichnungen beibehielt, sie aber ihrer eigentlichen Machtfülle entkleidete und *vim ac potestatem* einzig und allein sich selbst zuschrieb. Nachdem sich Augustus des Staates bemächtigt hatte, und die gesamte *auctoritas omnium ordinum* auf sich gelenkt hatte, geht es Martini nun ab § 5 darum, die verschiedenen normativen Akte, die Augustus setzte, im Detail zu erklären. Fein säuberlich und wieder unter Hinzuziehung der nichtjuristischen Literatur zeigt er an die 80 Gesetzfortbildungsakte auf. Im § 8 weist er darauf hin, dass Augustus das Recht erfunden habe, *ex auctoritate* zu respondieren, in der er schlicht und einfach den Richtern verboten hatte, gegen ein *responsum* derartiger Juristen zu entscheiden. Martini bezieht auch eindeutig Position zugunsten des Antistius Labeo gegenüber den Ateius Capito. Labeo habe streng an der alten Republik festgehalten und habe im Bereiche des Rechtes vieles erneuert indem er insbesondere der Gerechtigkeit gefolgt sei. Capito hingegen wird vom Charakter her als Schmeichler bezeichnet. Er habe alle politisch bedingten Erneuerungen schlicht und einfach approbiert. Auch bezüglich des Tiberius (§ 10) folgt Martini keinem geringeren als Tacitus. Er bezeichnet ihn als falsch und verschlagen, beschuldigt ihn, die Gesetzgebung des Volkes zugunsten des Senats abgeschafft zu haben (§ 14). Es folgt wie schon bei Augustus ein Überblick über die Gesetzgebung. Nichts anders erfolgt die Darstellung auch bei den folgenden Kaisern, d.h. es wird ein kurzes Bild des jeweiligen Herrschers gegeben, beispielsweise in § 16 Nero, der als Monster bezeichnet wird. Es ist jedenfalls bemerkenswert, wie sehr sich Martini bemüht, die Rechtsentwicklung unter den verschiedenen Kaisern zu verfolgen. Besonderes Lob erfährt im 6. Kapitel § 1 Hadrian, der als Fürst von verschiedenen und außergewöhnlichen Fähigkeiten und Talenten beschrieben wird. Ihm komme vor allem der Name eines Gesetzgebers zu.

Ebenso wie im 5. Kapitel werden auch im 6. Kapitel die einzelnen normativen Maßnahmen der Herrscher akribisch aufgezählt und entsprechend ihrer Herkunft quellenmäßig belegt. Ausführlich wird auch zum *edictum perpetuum* (§ 4) Stellung bezogen. Dabei verweist Martini auf die verschiedenen Rekonstruktionsversuche des Ediktes, wobei auffallend ist, wie oft neben Heineccius auch August Bach zitiert wird. Gerade in Folge des *edictum perpetuum* habe sich die Rechtswissenschaft und die Bedeutung der Rechtsmeinungen enorm gesteigert (§ 11). Ausdrücklich hebt er hervor, dass seit Hadrian das *ius respondendi* nicht von den *pretorii viri* beantragt werden müsse, sondern dass es jene schlicht und einfach zuerkannt werde, die *fiduciam studiorum suorum haberent*. Es folgt ein eingehender mit Quellenbelegen ausgerüstete Übersicht über die wichtigsten Juristen. Septimius Severus wird von Natur aus als grausam beschrieben (§ 12), aber als überaus gerechter Gesetzgeber. Caracalla (§ 13) sei wegen der Morde an seinem Bruder Geta und dem Juristen Papinian völlig abzulehnen, dennoch seien seine zahlreichen Gesetze *potentiae et aequitatis plenae,* da sie eben von überaus gelehrten Beratern und Rechtsgelehrten geschrieben wurden. Interessant ist in diesem

Zusammenhang, dass die Namen dieser Rechtsgelehrten nicht genannt werden. Auch unter Alexander Severus findet sich kein Hinweis auf Ulpian oder Paulus.

Das letzte und 7. Kapitel ist dem römischen Recht von Konstantin bis Justinian gewidmet. Überaus wohlwollend fällt im § 1 das Urteil bezüglich Konstantin aus, der gleichsam einen neuen Staat begründet habe. Daran anschließend werden die verschiedenen neuen Funktionen und Ämter vorgestellt sowie die einzelnen normativen Maßnahmen. Auch die Rechtswissenschaft habe sich nach einer Zeit des Niedergangs wiederholt, zitiert werden in diesem Zusammenhang der die *Codices Gregorianus und Hermogenianus* (§ 4). Großes Lob erfährt auch (§ 13) der *Codex Theodosianus*. Zu Recht hebt Martini hervor, dass der *Codex Theodosianus* im Westen im Gegensatz zum Osten des Reiches lange überlebt habe, dass insbesondere die barbarischen Völkerschaften ihre eigenen Gesetze auf der Grundlage dieses *Codex* eingeführt hätten. Zitiert wird in diesem Zusammenhang das *Edictum Theodorici* der Ostgoten, sowie das *Breviarium Alarici* der Westgoten.

Unter Hinweis auf Prokop und Cassiodor unterstreicht Martini im 8. und letzten Kapitel, die Leistungen Justinians im militärischen Bereich sowie in jenem des Bauwesens und sein Engagement für den katholischen Glauben. Ganz besonders – wie könnte es anders sein – werden seine Verdienste als *legis lator* betont (§ 2). Im weiteren Verlauf wird auf der Grundlage der *constitutiones deo auctore, omnem* und *tanta* der Werdegang der justinianischen Kompilation beschrieben. Was die Pandekten anbelangt, betont Martini, dass Justinian die Digesten in 7 Teile eingeteilt habe, dagegen die späteren Kommentatoren, die er als *barbari commentatores* bezeichnet, in nur drei: digestum vetus, novum und infortiatum. Nach den Digesten werden Institutionen, Codex und Novellen vorgestellt. In § 11 erfolgt eine interessante Bewertung. Martini hebt hervor, dass das *Corpus juris civilis* Justinians keineswegs von jedem Makel und Mangel frei sei. Dass es aber dennoch als hervorragendes Werk zu betrachten sei und keineswegs voller Fehler sei, wie dies manche Kritiker, die Martini der Ungerechtigkeit zeiht, behaupten. Gewiss, die Schwächen in der Entstehungszeit, damit ist gemeint der historische Moment, sowie die Weiterentwicklung der menschlichen Lebensbedingungen würden manches als überholt erscheinen lassen, aber dennoch sei dieses Werk, das mit äußerster Sorgfalt und Nützlichkeit verfasst worden sei, jedenfalls würdig, nicht unterzugehen, somit weiter beachtet zu werden.

Bemerkenswert ist auch, dass Martini auf die weitere Entwicklung des römischen Rechts im Osten des Reiches eingeht (§15-22) und sich in diesem Zusammenhang intensiv auch mit den Basiliken beschäftigt. Was die Entwicklung im Westen anbelangt, verweist Martini insbesondere (§ 23) auf das Königreich der Langobarden und das langobardische Recht. Sehr eingehend ist schließlich die Darstellung der Wiedergeburt des römischen Rechts in Italien (§ 26). Der Erfolg der Schule von Bologna wird ebenso erwähnt, wie der Umstand dass viele aus ganz Europa nach Bologna strebten und dass die *scientia juris Justiniani ad universam Europam dilatam*. In der Folge von Gravina (or. I 143) unterscheidet Martini eine Scola Irneriana, Accursiana, Bartoliana und Cujatiana. Diesen Schulen sind die nächsten Paragraphen gewidmet. Was die glossa magna anbelangt (§ 33) hebt Martini hervor, dass zwar wegen der noch ungewissen Zeiten manch ein Gelehrter im weiteren die Interpretationen der Glosse belächelte, es aber doch wichtig

sei, dass die besondere Feinfühligkeit, das Fingerspitzengefühl (*subtilitas*) mit welcher die Glossatoren, sich mit den römischem Recht auseinandergesetzt haben, Bewunderung findet und diese nach wie vor herangezogen werden sollten. Nach dem Hinweis auf Bartolus (§ 34) erfolgt in § 35 die Darstellung des juristischen Humanismus, zu Recht verweist Martini auf die Rolle des Andreas Alciatus als Schulenbegründer und sodann auf die Rolle des Cujaz. Martini ist sich auch völlig darüber im Klaren, welche Rolle Cujaz spielt, er weist darauf hin, dass man diese Richtung als *humanistae* bezeichnet *omnem ... antiquitatum peritiam stomacantur,* wobei im Anhang auch noch die einzelnen Juristen dieser Schule genannt sind. Im Weiteren beschreibt er die Vermittlung der gelehrten, geradezu humanistischen Jurisprudenz, von den Franzosen an die „Belgier", damit ist die niederländische Schule gemeint, wie man aus den Namen wie Voet und Noodt unter anderen entnehmen kann. Er weist auch darauf hin, dass sowohl im philosophischen wie im juristischen Bereiche auch in Deutschland diese Strömung nicht unbekannt sei und nennt in diesem Zusammenhang Matthias Wesenbeck als Jurist. Als Vorläufer werden zu Recht Zasius und Halander hervorgehoben. Schließlich behandelt Martini auch die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (§ 38 ff). Dabei wird insbesondere auf die Einführung des römischen Rechts durch die deutschen Kaiser hingewiesen. Abschließend hält er in § 42 fest, dass man nicht bestreiten könne, dass dieses rezipierte römische Recht gleichermaßen als *jus commune* zu verstehen sei und im gesamten Reich jedenfalls als Subsidiarrecht als rezipiert gelten müsse. Das römische Recht sei das einzige, das überall als gewiss anzusehen sei, während auf der anderen Seite natürlich die lokalen Gewohnheiten, die Landesgesetze und überhaupt die Gewohnheiten im deutschen Reich als Grundlage und bisweilen als Opposition zum römischen Recht anzusehen seien.

Martini beendet seine Ausführungen mit den österreichischen Ländern und unterstreicht, dass auch Österreich innerhalb des deutschen Reiches keine Sonderrolle zukomme. Jene, die sich auf das römische Recht berufen, würden sich stets auf einer hinreichend gefestigten Grundlage befinden, auf die sie, könnte man sagen, stets zählen können, wenn nicht anerkannte Gewohnheiten, Landesgesetze dem römischen Recht derogierten. Martini geißelt in diesem Zusammenhang die Konfusion der Gerichtsbarkeit, die sich aus den unterschiedlichen Rechten und Gewohnheiten ergibt sowie aus einer großen Anzahl verschiedenartiger Kommentatoren. Er bezeichnet seine eigene Zeit als *beata*, als glückselig, der es nun gegeben sei, neues Recht zu gründen, auf dass die Gerichte in den österreichischen Ländern in Zukunft auf ein einheitliches Recht sich stützen können. Martini verwendet ausdrücklich das Wort von *codex legum* und meint in diesem Zusammenhang gewiss jene Vorarbeiten, die im Rahmen des *Codex Theresianus* zum Abschluss gebracht werden konnten, wiewohl aus sich aus seinen Ausführungen entnehmen lässt, dass dies nur eine Zwischenstation sein konnte.

Martinis „ordo historiae iuris civilis in usum auditorii vulgatus" erfuhr mehrere Auflagen. Erstmals erschien das Werk im Jahre 1755, ein Jahr nach seiner Ernennung zum Universitätsprofessor an der Universität Wien. Es war somit sein erstes Hand-und Lehrbuch. Das Werk wurde nie in die deutsche Sprache übertragen, es stellte aber für längere Zeit an den österreichischen Universitäten die rechtshistorische Grundlage dar. Das Werk selbst kann in vielerlei Hinsicht durchaus aus außergewöhnlich bezeichnet

werden. Es stellt in der Tat die Geschichte des antiken Rechts, beginnend mit Ägyptern, Babyloniern und Juden, Griechen und insbesondere aber mit den frühen Römern dar. Es ist im Weiteren insofern ein durchaus klarer Überblick über die jeweiligen staatsrechtlichen Grundlagen des antiken römischen Rechts der Monarchie, der Republik und des Prinzipats sowie der Spätantike. In diese staatsrechtlichen Grundlagen ist die Rechtsgeschichte verwoben, diese wird konsequenterweise als Rechtsquellenlehre dargestellt, insofern kommen die einzelnen Rechtsschöpfungen deutlich zum Ausdruck, Gesetze, Plebiszite, das Honorarrecht, aber auch die Rechtswissenschaft, die Meinung der Rechtsgelehrten. Insbesondere in der Kaiserzeit geht Martini nach den einzelnen Kaisern vor und behandelt dort jene relevanten Zeugnisse der Weiterentwicklung des Rechts, sei es auf dem Wege von Kaiserkonstitution, sei es auf andere Art und Weise. In der Spätantike werden insbesondere Kodifikationen und Kompilationen vorgestellt. Die römische Rechtsgeschichte endet aber nach Martini keinesfalls mit dem Ende des römischen Reiches oder aber auch mit der justinianischen Kompilation, sondern Martini verfolgt sie konsequenterweise im Osten, insbesondere bis zu den Basiliken und darüber hinaus und im Westen anhand der *leges babarorum* bis zur Wiederentdeckung des römischen Rechts und seiner Rezeption. Aus diesem Grunde wird den „modernen" Schulen des römischen Rechts, den Glossatoren, Kommentatoren, und dem juristischen Humanismus ein entsprechender Raum eingerichtet. Schließlich behandelt er die Rezeption des römischen Rechts in deutschen Landen insbesondere anhand der kaiserlichen Maßnahmen und beendet seine Vorlesung mit einem Hinweis auf die Situation in einem Teile Deutschlands, nämlich Österreich und unterstreicht die Notwendigkeiten einer Rechtsreform in Österreich auf dem Wege einer Kodifikation.

Martinis Buch muss eine exzellente Grundlage für das Studium gewesen sein. Es ist zum einen knapp zum anderen aber in einer sehr klaren und deutlichen Sprache verfasst, es bietet denjenigen, die ihre Studien intensivieren wollen, hinreichend Möglichkeiten, sich anhand der zahlreichen Quellenzitate weiterzubilden. Diese sind erfreulicherweise keineswegs auf die juristischen Quellen beschränkt, sondern sie entstammen der breiten Auswahl antiker Autoren, je nachdem welche Epoche vom Vortragenden gerade behandelt wurde. Martini zitiert auch zeitgenössische, somit moderne Kollegen, wie Heineccius, Bach oder die ihm offenbar nahestehenden Niederländer, wie Voet, Noodt, Bynkershoek sehr gerne. Das Werk ist eine überaus sinnvolle Einführung, die mit der Morgenröte des Rechts in Europa beginnt und sich eben bis zur Zeit Martinis fortsetzt, bis in seine Gegenwart: Von der Antike bis zur Moderne. Damit hatten die Studierenden einen Überblick und konnten den unmittelbaren Nutzen des römischen Rechts für ihre Zeit insbesondere anhand jener überaus langen Entwicklung von Justinian bis ins 18. Jahrhundert erlernen, ja nachvollziehen und damit die Größe des römischen Rechtes als die Grundlage auch eines zukünftigen Rechtes verstehen lernen.

Martinis Ordo ist angetan in einer Zeit der Kodifikation den Wert des römischen Rechtes hervorzuheben und zu konservieren, immer wieder unterstreicht er die Nützlichkeit des römischen Rechtes auch für die jeweilige Gegenwart und somit auch für die eigene Gegenwart. Wer Martinis Ordo eingehend studiert hat, weiß, dass es keinen modernen Codex geben wird können, ohne dass die entscheidenden Grundlagen des römischen Rechtes nicht nur eine ausreichende, sondern eine bestimmende Berücksichtigung

finden. Aus Martinis Lehrbuch kann man auch erkennen, wie sehr die Lehrbücher zum römischen Rechts des 20. Jahrhunderts nach der Abspaltung der Romanisten in Deutschland aber auch in Italien und in anderen Ländern aus der allgemeinen Familie der historischen Schule beschränkter geworden sind. Römisches Recht wird darin zumeist auf die Antike beschränkt, die fundamentale Bedeutung des römischen Rechts bis auf unsere heutige Zeit wird dabei sträflich vernachlässigt. Insofern schrieb Martini ein modernes, ein exzellentes, ein herausragendes Lehrbuch: Ein Lehrbuch, wie wir es uns heute noch für das römische Recht wünschen sollten, überblicksartig zum einen, mit der Möglichkeit einer unmittelbaren Vertiefung zum anderen unter Berücksichtigung seiner gesamten Geschichte.

Wichtig ist aber wohl der lange Zeit außer Acht gelassene grundsätzliche „message" von Karl Anton von Martini. Man erlerne das römische Recht, man kann es aber nur sinnvoll erlernen in seiner Historizität, das heißt, um den einzelnen Rechtsquellen ihre ihnen zustehende Bedeutung einräumen zu können, bedarf es einer Kenntnis des staatsrechtlichen, politischen und geistigen Umfeldes, welches diese Rechtsschöpfungsmöglichkeiten eröffnet hat. Zum anderen endet das römische Recht nicht mit Justinian. Die welthistorische Größe und Bedeutung des römischen Rechts liegt im Nachleben, das anhand der verschiedenen Phasen des Mittelalters und der Neuzeit nachvollzogen werden kann. Dies hat Martini in seiner ganzen Tragweite zutreffend erkannt. Daraus ergeben sich die Einmaligkeit des römischen Rechts und die Wichtigkeit immer wieder im Rahmen von Reformen auf die grundsätzlichen Inhalte und die Methode des römischen Rechts zurückzugreifen. Auch dies hat Martini stets erkannt und er wird sich als einer der größten Kodifikatoren Europas stets an diese Grundsätze halten. Ohne der für ihn gewiss nicht einfachen und bisweilen auch mühevollen Aufgabe, ein Kompendium der römischen Rechtsgeschichte von den Anfängen bis in seine eigene Zeit zu verfassen, hätte ihn wohl zum einen die Grundlagen zum anderen aber insbesondere auch der Weitblick für eine derartige großartige Reform gefehlt.

Karl Anton von Martini publizierte 1762 seine *positiones iuris naturae*, 1764 die *positiones de jure civitatis,* 1799 erfolgte die Publikation einer Übersetzung in die deutsche Sprache, selbige Übersetzung wurde von Martini selbst autorisiert. Es handelt sich um ein in 815 Paragraphen gegossenes Werk, in welchem die wesentlichen Überlegungen und Ideen Martinis zur Philosophie des Naturrechts enthalten sind. Wesentliche Teile sind dem allgemeinen Verständnis sowie der Erkenntnislehre gewidmet. Das 6. Hauptstück trägt folgende Überschrift: „Von den Theilen des Naturrechtes, von seinen Vorzügen und von seiner Anwendung". Martini beharrt im einleitenden Paragraphen 211 auf der Wissenschaftlichkeit des Rechts, er spricht in diesem Zusammenhang von Rechtsgelehrsamkeit, geht es ihm doch darum „Verbindlichkeiten, Gesetze und Rechte zu beweisen". Wissenschaft bedeutet das Erkennen und somit die Kenntnis vom Recht, man verstehe aber, so Martini, darunter auch „die Wissenschaft von dem was recht und billig ist". Martini unterscheidet im folgenden Paragraphen 212 zwischen der Rechtskenntnis, das heißt die Kenntnis von Gesetzen und Verbindlichkeiten „die bloß durch Erfahrung und Übung erworben wird", und der Rechtsgelehrsamkeit, wobei erstere nur dadurch zur Rechtsgelehrsamkeit werden kann, „wenn sie zugleich eine Fertigkeit besitzt, Verbindlichkeiten und Gesetze zu beweisen". Es folgt die Theorie

von Deduktion und Subsumption „zu diesem Beweise gehören gewisse unbezweifelte Grundsätze, gründliche und angemessene Folgerungen aus denselben, und ein deutlicher Zusammenhang der Folgerungen mit den Grundsätzen“.

Was die Bedeutung des römischen Rechts anbelangt, gelangt Martini in § 241 zu folgender entscheidender Feststellung: „das bürgerliche römische Recht besteht größtenteils aus natürlichen Gesetzen“. Gerade zur Beseitigung der Mängel im geltenden römischen Recht und auch zur Aufklärung der dunklen Stellen des römischen Rechts sei die natürliche Rechtsgelehrsamkeit unentbehrlich, denn mit Hilfe derselben kann man willkürliche Gesetze von den notwendigen unterscheiden und „vernunftwidrige verbessern“.

Das bemerkenswerte siebente Hauptstück § 247-301 ist ein knapper Überblick über den Fortgang der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit. Richtigerweise hat Martini auch die starke Einflussnahme der stoischen Philosophie auf die römische Rechtswissenschaft erkannt, § 277 „die stoische Schule hat die meisten römischen Rechtsgelehrten gezeugt, in den Schriften dieser Römer und vorzüglich in jener des Cicero von den Pflichten leuchtet die natürliche Billigkeit überall als ein Hauptgrundsatz hervor“. Auch damit wird klar und unzweideutig zum Ausdruck gebracht, dass man die natürlichen Rechtsgrundsätze in den Schriften der römischen Juristen und somit im römischen Recht wiederentdecken und wiederfinden kann. Unter den neueren erfährt insbesondere Hugo Grotius Lob und Anerkennung: § 285 „all diese hat Hugo Grotius weit hinter sich zurückgelassen“. Pufendorf und insbesondere Thomasius werden heftig kritisiert. Zu Thomasius heißt im § 293: „Er war ein Mann von vieler Gelehrsamkeit, aber in einem hohen Grade unbeständig, geschwätzig, beißend, verleumderisch. Er hat sich selbst Abentheuer geschaffen, nur um sie bestehen zu können“. Wolff dagegen wird überaus gelobt: § 206 „Wolffens Methode ist ohne allen Widerspruch die allerschicklichste, um verborgene Wahrheiten zu entdecken, und entdeckte zu beweisen … Man darf sich also nicht wundern, dass diese Methode in ganz Deutschland allgemein wurde und dass sie täglich noch mehr verbreitet wird“. Um wiederum auf das römische Recht zurückzukommen, unterstreicht Martini die Rolle von Coccej, welcher „verband das Naturrecht mit dem römischen Rechte, wodurch dieses ungemein erläutert und unterstützt wurde“ (§ 295). Die an und für sich schon von den römischen Juristen über den stoischen Einfluss betriebene Rechtwissenschaft kann auch durch die moderne umso besser erkannt und somit in der Moderne auch angewandt werden, wenn das römische Recht im Sinne des Naturrechts analysiert, interpretiert und verstanden wird. Die Franzosen wiederum, so Martini, hätten dadurch, dass sie sich intensiv mit Grotius, Hobbes und anderen beschäftigt und deren Schriften auch übersetzt hätten, ihre Anhänglichkeit und Achtung des Naturrechts bewiesen. Leider nur en passant nennt Martini (§ 297) auch Domat, dessen Arbeit ebenso wie jene des Burlamaqui als Beleg für die Verbreitung des Naturrechts in Frankreich angesehen werden. Überaus positiv fällt das Urteil über Montesquieu aus: § 298 „das Werk des Montesquieu über den Geist der Gesetze umfasst vorzüglich den Teil der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit, den wir das allgemeine Privatrecht genannt haben. Dass sich in das Werk dieses wirklich großen Mannes einige Mängel eingeschlichen haben, dieses haben Männer von allen Partheyen bemerkt“.

Ab dem 13. Hauptstück (§ 416) behandelt Martini jene Probleme, die wir heute als Privatrecht bezeichnen würden. Die einzelnen angeführten Bestimmungen zu Sachen, Erwerb von Sachen, Besitz, Erwerbsarten des Besitzes sowie Erwerbsarten des Eigentumes entsprechend durchaus der Tradition des gemeinen römischen Rechts. Ein Beispiel mag die Bestimmung zur Okkupation im § 421 sein, „die Ergreifung einer herrenlosen Sache, in der Absicht, sie sich eigen zu machen, heißt Zueignung. Hierzugehört 1., dass die Sache wirklich noch herrenlos sei, 2., dass eine Handlung hinzukomme – denn von Natur ist keine äußere Sache jemanden eigen, 3., dass die Handlung hinreichend sei, die Sache in seine physische Gewalt zu bringen: das heißt, es muss eine wirkliche Ergreifung, Aufbewahrung, eine körperlicher Besitz vorhanden sein, 4., dass die Aufbewahrung in der Absicht geschehe, die ergriffene Sache eigentümlich zu haben“. Unter diesen Bedingungen erwirbt man den rechtlichen Besitz. In § 424 wird die, auch für das moderne Recht grundsätzliche Unterscheidung zwischen *titulus* und *modus* dargelegt, „das zureichende Mittel, etwas zu erwerben, heißt die Erwerbungsart, das Erwerbungsmittel. Die Erwerbungsart ist unmittelbar und ursprünglich, wenn eine herrenlose Sache erworben wird. Sie ist mittelbar und hergeleitet, wenn man die Sache eines anderen erwirbt. Das Recht, worauf sich die Erwerbung gründet, heißt der Rechtsgrund oder Titel“. Ursprünglich war also das angeborene Zueignungsrecht schon ein hinlänglicher Titel ein Eigentum zu erwerben, das Mittel war die Zueignung selbst. Daraus folgt im § 424, dass das Eigentum kein angeborenes, sondern ein erworbenes Recht ist. Und es folgt auch daraus, dass gerade durch die verschiedenen Möglichkeiten des Erwerbs von Eigentum „eine Art von Ungleichheit unter den Menschen entstanden“ ist.

Das 14. Hauptstück ist den Wirkungen des Eigentums gewidmet. Man findet dort in den § 432 ff geradezu klassische Definitionen des Eigentums, die sich aus der gemeinrechtlichen römischen Tradition ergeben. Insbesondere kann man dort die Definition des Eigentums als uneingeschränktes Recht finden. Der Eigentümer kann wie es in § 433 heißt „das Eigentum besitzen, allmöglichen Nutzen daraus und sich desselben ganz oder zum Teil begeben“. Auch die Bestimmungen zum natürlichen und künstlichen Zuwachs (§ 444 ff) entsprechen der römischen gemeinrechtlichen Tradition.

Das 15. Hauptstück ist den Verträgen gewidmet und beginnt mit bemerkenswerten allgemeinen Bestimmungen im § 449, in welchem Versprechen, Annahme und Wille bestimmt werden. „Ein angenommenes Versprechen wird ein Vertrag genannt. In jedem Vertrage ist also eine Übereinstimmung oder eine Gleichförmigkeit zweier Willen zu einerlei Endzwecke“. Konsensprobleme insbesondere Wurzelmängel wie Irrtum werden in extensu traktiert. Auch die Bedingungsproblematik wird in diesem Zusammenhang behandelt. Wichtig erscheint der Hinweis auf einen wesentlichen Unterschied zum klassischen römischen Recht und der gemeinrechtlichen Tradition desselben im Hinblick auf die Übertragung des Eigentums. Bereits im § 450 heißt es „wenn diese zwei Erfordernisse eben Anbot und Annahme beobachtet werden, so wird das Eigentum des Versprechers ein Eigentum des Annehmers“. Und noch deutlicher in § 465, „wird eine einzelne, genau bestimmte Sache versprochen, so geht das Recht, welches der Versprechende darauf hat, schon durch die Annahme auf den Annehmer über. Wenn also jener Eigentümer ist, so wird das Eigentum, als eine unkörperliche Sache sogleich

auf diesen übertragen. Die Übergabe ist nur zur Erlangung des Besitzes nötig. Dem Annehmer kommt schon vor der Übergabe ein dingliches Recht zu, welches dergestalt auf einer bestimmten versprochenen Sache haftet, dass er dieselbe von einem jeden zu fordern befugt ist". Was die Auslegungsregeln anbelangt, so bemühte sich Martini diese klar und deutlich anhand des wahren Wortlautes und des wahren Wortsinnes darzutun. Insbesondere verwies er darauf, dass die Gesetze jeweils in ihrem historischen Zusammenhang, somit historisch zu interpretieren sind. Auffallend häufig finden sich in diesem Zusammenhang des 22. Hauptstückes Verweise auf die Digesten, beispielsweise dass der Ausleger von der Billigkeit geleitet werden müsse.

Auch Martinis wichtiges naturrechtliches Lehrbuch belegt, wie sehr er sich an vielen und entscheidenden Stellen dem römischen Recht unabdingbar verbunden fühlte. Gewiss, Martinis Schrift ist geradezu ein klassisches Naturrechtslehrbuch, das sich in einer für uns heute geradezu ungewöhnlichen Weise mit ethischen Problemen beschäftigt, mit grundlegenden Problemen der Erkenntnis, der Verbindung zwischen Recht und Religion, der Bedeutung des Staates, der einzelnen Bürger, der Freiheit und der Freiheiten. Insofern war Martini nicht nur ein beliebiger mittelgroßer Mosaikstein im großen Bild des deutschen Naturrechts, sondern er war auch im Vergleich mit anderen bedeutenden Vertretern dieser Richtung, wie Pufendorf, Thomasius und Wolff einer der ganz Großen. Diese Größe ist wohl zu einem nicht geringen Teil auf seine enge, geradezu gefühlsmäßige Verbundenheit mit der Antike und dem römischen Recht zurückzuführen. Gerade diese Verbundenheit und diese uneingeschränkte und bewundernswerte Expertise als Romanist haben Martini auch davor bewahrt, sich allzu sehr auf die Philosophie des Naturrechts zu beschränken und es ihm ermöglicht, zum ersten wirklich bedeutenden Kodifikator der Moderne weltweit zu werden.

Abstract

This contribution tries to give an overview of Martini's personal development as a teacher at the law faculty of Vienna. Whereas Martini is generally supposed to have been a famous professor and expert on natural law, he was also deeply rooted in the Romanist legal tradition. He taught Roman law for many years, and his draft Austrian Civil Code proves his dedication to the principles of Roman law with regard to real rights, obligations and the law of succession. Moreover, he was always keenly interested in the historical hypotheses of Roman law and in the history of the Roman state. His manual *ordo historiae iuris civilis* is an outstanding model of the appropriate teaching of legal history, which continues to be very relevant and up to date today

LA BONNE FOI CONTRACTUELLE: D'UN PASSE GLORIEUX A UN AVENIR CONTRASTE?

René-Marie Rampelberg*

Nul besoin d'insister sur le rôle majeur de la bonne foi dans le développement du droit romain des obligations, et plus spécifiquement contractuel. On se bornera ici à en rappeler quelques traits essentiels à seule fin d'éclairer ensuite, fut-ce fugitivement, à travers quelques emprunts à la jurisprudence, certaines illustrations de sa mise en œuvre à Rome qui paraissent, aujourd'hui encore, au-delà des étiquettes utilisées, témoigner de son indubitable pérennité.

1. Finalité et limites de la notion de bonne foi à Rome et aujourd'hui

La *fides* est une des données les plus anciennes de la conscience romaine[1]. Mais, à la fin de la République, elle prend la forme désacralisée et purement éthique de la *bona fides*. Au-dessus des droits nationaux, celle-ci joue désormais le rôle de commune mesure entre les ressortissants de peuples différents. Cicéron n'affirme-t-il pas que *bona fides est primum mobile ac spiritus vivificantis commercii*?

A. Magdelain rappelait que l'*oportere ex bona fide* des actions de bonne foi, au sens très fort de "la bonne foi impose", est l'expression d'un devoir moral. L'*oportere ex bona fide* ne repose pas sur la loi. Il ne se recommande que de la bonne foi. A ce titre, il est protégé par le préteur qui le laisse, en quelque sorte, produire seul ses effets, après que lui a été ouverte la voie juridictionnelle[2]. Cette approche, en particulier sur le caractère de devoir moral, de correctif éthique du système juridique de la *bona fides*, a été remise en cause par différents auteurs, dont Roberto Fiori[3], mais on ne saurait ici aborder ces visions renouvelées qui n'affectent d'ailleurs pas l'importance de la notion hier et aujourd'hui.

1 E. Chevreau, Y. Mausen, C. Bouglé, *Introduction historique au droit des obligations*, 2007, p. 65.

2 A. Magdelain, *Les actions civiles*, 1954, p. 47.

3 R. Fiori, "*Fides et bona fides*: hiérarchie sociale et catégories juridiques", *Revue d'Histoire du droit français et étranger*, 4, 2008, p. 481.

* Professeur émérite de l'Université Paris V.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 777-789

Aux temps républicains déjà, les rapports commerciaux avec les non-Romains facilitaient, essentiellement dans le cadre du "*ius gentium*", l'introduction et la popularité croissante de types nouveaux et informels de transactions. Reposant sur le consentement, ou la convention, des parties, ceux-ci n'exigeaient plus de s'attacher au sens spécifiquement associé aux mots contenus dans des déclarations formelles, comme dans les contrats de droit strict[4]. On pouvait librement, dans les contrats consensuels, prendre en considération – et, sur la base de la clause "*ex bona fide*", on y était même encouragé – les circonstances spécifiques à chaque cas.

Effectivement, dans sa quête relative au comportement des parties lors de l'exécution du contrat, le juge romain, qui dispose d'une très grande liberté, doit rechercher la véritable intention ayant présidé à leur accord[5]. Pas de problème, dit Paul, si l'accord est formulé clairement: D. 32,25,1 Paulus 1 *ad Ner.*: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio*. Mais si ce n'est pas le cas, le juge se doit de dégager cette intention, comme le rappelle Papinien, D. 50,16,219 *resp.*: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*. Voilà qu'on peut mettre en regard, par exemple, du § 133 du BGB déclarant que, en interprétant une déclaration d'intention, on doit rechercher la véritable intention sans se préoccuper du sens littéral de la déclaration, et du § 157 du même code enjoignant au juge d'interpréter les contrats selon les exigences de la bonne foi et dans le respect du commun usage. Ces deux règles allemandes trouvent indubitablement leurs antécédents historiques dans le texte de Paul[6].

Quoi qu'il en soit, la comparaison de ces données avec l'approche communautaire européenne, qui nous intéresse essentiellement ici, appelle deux constatations:

Première constatation: à Rome, comme actuellement, la bonne foi est, d'abord, un critère d'interprétation. Interpréter un texte juridique comme un contrat ou un traité ou une loi, de bonne foi, c'est l'interpréter selon son esprit et non en droit strict. Une telle conception s'oppose au formalisme et on peut considérer qu'elle trouve son origine dans l'opposition romaine entre les actions de droit strict traditionnelles et les actions de bonne foi[7].

Deuxième constatation: la bonne foi est aussi considérée à l'époque contemporaine comme une qualité morale. On est finalement encore tout proche de la conception fameuse de Cicéron, *De officiis*, 3,17(68)-(70):

> (68) *Ratio ergo hoc postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter …* (69) *nam quanti verba illa: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, quam: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione …* (72) *Ex quo intellegitur, quoniam*

4 M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, I, 1975, pp. 202 et s; F. Wieacker, "The *Causa Curiana* and Contemporary Roman Jurisprudence", *The Irish Jurist*, 2, 1967, pp. 151 et s, Römische Rechtsgeschichte, 1, 1985, pp. 519 et s; A. Watson, "Narrow, Rigid and Literal Interpretation in the Later Roman Republic", *TR* 37, 1969, pp. 351 et s; B.W. Frier, *The Rise of Roman Jurists*, 1985, pp. 139 et s; B. Honsell, T. Mayer-Maly, W. Selb, *Römisches Recht*, 1987, pp. 57 et s; R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 2è éd., 1997, p. 627.

5 Magdelain, *Actions civiles*, cit., p. 55; Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., p. 66.

6 W. Strätz, *Treu und Glauben*, I, 1974, pp. 47 et s.

7 Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., p. 66.

iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia.

Il y aurait bien une troisième constatation, à savoir qu'à Rome, comme maintenant, la bonne foi est une croyance erronée à l'existence d'une certaine situation juridique. Mais, faute de temps, on n'en parlera pas.

Mais *quid* de la bonne foi, qualité morale, norme de comportement? Comment l'intégrer au droit? Les propos de Cicéron valent pour le philosophe, pour le moraliste d'hier et d'aujourd'hui. Mais le problème est que, de tout temps, il saute aux yeux que c'est une notion souple, et même "molle", qui ne se laisse pas enfermer dans un sens univoque et précisément déterminé, comme le rappelle, avec d'autres, B. Fauvarques-Cosson. D'ailleurs, Cicéron en est déjà parfaitement conscient et le dit dans le même passage du *De officiis*, 3,17 (68): *Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias.* Et le juriste Paul, D. 50,17,144, renchérit trois siècles plus tard sur le rhétoricien et moraliste que se veut Cicéron en constatant que *non omne quod licet honestum est*[8].

Il est de fait que pour les Romains, concrètement, exploiter intelligemment une situation avantageuse n'est pas forcément une machination trompeuse. Seule, une telle machination s'écarterait de l'exigence de la *bona fides*. Paul, D. 19,2,22,3, a une formule, *invicem se circumscribere*, qui est très difficile à traduire, mais éclairante. Cela veut peut-être dire "manoeuvrer" ou "se montrer plus malin" que l'autre. Ce n'est en rien un dol mais un agissement qui, à défaut de répondre aux critères du droit naturel, s'accorde à ceux de la nature du commerce (*natura contractus*). Ulpien qualifie cela de *solertia*, l'adresse dans les affaires[9]. Dans une certaine mesure par conséquent, les juristes, à Rome, paraissent avoir cédé eux-mêmes aux réalités de la vie et à la morale des affaires.

Toute la question est donc d'appréhender le contenu concret d'une notion dans laquelle beaucoup, aujourd'hui, ne voient encore qu'une véritable boîte de Pandore qui, en voulant trop embrasser, ne précise rien et n'est finalement d'aucune utilité, comme entend le démontrer, entre autres, M.W. Hesselink[10].

Les Romains proposent un premier élément de réponse tout relatif: le comportement du *bonus vir*, du "bon Romain", doit le conduire à mener une vie honnête en respectant la règle fondamentale: la fidélité à la parole donnée[11]. Ainsi, il ne doit pas s'écarter des fondements et des préceptes éthiques des *mores maiorum,* des coutumes des ancêtres[12]. Ce qui va à l'encontre des *boni mores* ne peut pas être considéré comme couvert par la

8 A. Wacke, "*Circumscribere*, gerechter Preis und die Arten der List", *ZSS*, 94, 1977, p. 202; Zimmermann, *Law of Obligations*, cit., pp. 255 et s.

9 Wacke, "*Circumscribere*", cit., pp. 185 et s; Zimmermann, *Law of Obligations*, cit., pp. 669 et s.

10 M.W. Hesselink, "The Concept of Good Faith", dans *Towards a European Civil Code*, A.S. Hartkamp, E.H. Hondius (éd.), 2004, pp. 486 et s; plus nuancés, R. Zimmermann, S. Whittaker, "Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape", dans *Good Faith in European Contract Law*, R. Zimmermann, S. Whittaker (éd.), 2000, p. 32.

11 A. Wacke, "Zum *dolus*-Begriff der *actio de dolo*", *RIDA*, 27, 1980, pp. 373 et s; Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., p. 50.

12 F. Schulz, *Principles of Roman Law*, 1936, pp. 223 et s.

bonne foi[13]. Ici, il semble que l'on ait à faire à une préfiguration de ce que, par exemple, le BGB qualifie d'"usages". On y reviendra[14].

Remarquons un autre élément d'approche à Rome: Cicéron associe la référence à la raison à ses développements sur la bonne foi qui viennent d'être rappelés. Effectivement, une tentative de "concrétisation" de la bonne foi peut être trouvée du côté de la raison. Ceci est d'autant plus intéressant que les *Principes du droit européen des contrats*, dans leur article 1:302, associent bonne foi et caractère raisonnable: "doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel". Le Code néerlandais de 1992 va plus loin encore en remplaçant la référence à la bonne foi par celle à la "raison et à l'équité"[15]. Et en France, l'Avant- Projet Catala de réforme du Droit des Obligations et de la Prescription y va aussi de son recours à cette approche dans son article 1139: le contrat s'interprète en raison et en équité. Peut-être peut-on voir là une réminiscence de la vision de J. Carbonnier[16].

Quoi qu'il en soit, pour les gens du XXIè siècle s'ajoute à ces difficultés d'appréhension des contours concrets de la bonne foi qu'aujourd'hui, plus qu'hier, elle peut apparaître, de façon sensiblement plus marquée qu'à Rome, comme un moyen de promouvoir une certaine idée de la justice contractuelle, que celle-ci se révèle sous les traits du "solidarisme contractuel" ou de "la nouvelle moralité contractuelle"[17], telle qu'induite, par exemple, par le § 242 du BGB et qui inspire les *Principes du droit européen du contrat*[18].

A défaut de pouvoir articuler une réponse à cette question du caractère souple, trop souple, de la bonne foi contractuelle, on se bornera à procéder à un constat fondé sur le droit allemand. Celui-ci pèse beaucoup sur la dynamique très favorable à la bonne foi dans l'actuel contexte européen. Pourtant, elle y apparaît seulement, semble-t-il, dans une disposition, plutôt marginale, du BGB de 1900, c'est a dire au § 242 déjà cité: "*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkerssite es erfordern*"[19]. Certaines extensions légitimes du principe qui y est énoncé se sont si fermement établies à travers la jurisprudence qu'on les considère aujourd'hui comme formant une partie indispensable du paysage juridique moderne.

13 T. Mayer-Maly, "The Boni Mores in Historical Perspective", *THRHR*, 50, 1987, p. 60.

14 W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, *Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 1979, § 16, 3a; Zimmermann, *Law of Obligations*, cit., p. 622.

15 Voir *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune* (coord. B. Fauvarques-Cosson et D. Mazeaud), 2008, p. 219.

16 D. Fenouillet, "Les effets du contrat entre les parties: ni révolution, ni conservation, mais un "entre-deux" perfectible", *Présentation de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, *RDC*, 2007, note 83.

17 Sur le solidarisme contractuel, en général, L. Grynbaum, M. Nicod (éd.), *Le Solidarisme contractuel*, 2004; Ch. Jamin, D. Mazeaud (sous la direction de), *La nouvelle crise du contrat*, 2003; D. Mazeaud, "Loyauté, solidarité, fraternité; la nouvelle devise contractuelle?", dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, p. 603.

18 O. Lando, *Principles of European Contract Law* (Présentation), 3, d, La Haye, 2000.

19 "Le débiteur a l´obligation d´exécuter la prestation comme l´exige la bonne foi eu égard aux usages".

Mais comment ne pas noter que les détails de l'application jurisprudentielle de ce modeste § 242 ont atteint un tel degré de complexité qu'en 1961 un commentaire standard du BGB a consacré l'ensemble d'un volume d'environ 1400 pages à la classification et à l'analyse des règles et des institutions, découlant de la bonne foi, qui en dérivent? N'est-ce pas là, à travers le cas d'un système juridique majeur, attribuant une place marquée à la bonne foi et favorable à la généralisation de son rôle au niveau communautaire[20], l'illustration de la complexité de définir sa consistance exacte?[21]

2. La bonne foi contractuelle romaine, support de finalités juridiques encore d'actualité?

On se propose donc de voir, à travers quelques exemples, comment le droit romain, et plus particulièrement la jurisprudence, à la fois inspiratrice, actrice et reflet de la pratique juridictionnelle, témoignent de certaines applications concrètes de la bonne foi contractuelle qui sont aujourd'hui peu ou prou entérinées par la plupart des systèmes juridiques contemporains.

J'évoquerai brièvement d'abord la loi, au sens large de disposition émanant de l'autorité normative.

En pratique, de nos jours, les diverses obligations que fait naître la bonne foi dans la phase précontractuelle sont très proches d'un système juridique à l'autre. Comment ne pas alors mentionner à ce propos les dispositions particulièrement célèbres arrêtées par les édiles curules en matière d'obligation rigoureuse d'informations détaillées à fournir par le vendeur sur les marchandises à vendre:

> Ulpianus, 1 *ad ed. aedil. curul*., D. 21,1,1,1 *Aiunt aediles:* "*qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus*"[22].

C'est l'un des domaines où le droit romain préfigure peut-être le mieux les approches contemporaines. L'édit des édiles curules a en effet fixé un cadre impératif dans lequel toutes les ventes d'esclaves ou d'animaux doivent s'inscrire. Ce régime de la vente édilicienne met en premier lieu à la charge du vendeur une obligation d'information sur les défauts éventuels de la chose; d'autre part, l'acheteur a les moyens de contraindre le vendeur à fournir les informations par une action spécifique. Ces dispositions seront étendues ensuite à tous les types de marchandises.

20 Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., pp. 674 et s.

21 Voir sur la problématique générale de la question, S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats européen – Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, 2012.

22 Chevreau, Mausen, Bouglé, *Introduction historique*, cit., pp. 70 et s.

Sur un tout autre plan, la législation peut entériner des pratiques reposant sur la bonne foi en tant qu'elle se fait garante de l'équité. Ainsi la loi qualifiée de *Rhodia de iactu*, relative aux dédommagements dus aux chargeurs dont les marchandises ont été jetées à la mer pour éviter le naufrage, offre un bon exemple de la conception romaine de ce qui est dû entre les parties à un contrat sur la base de la clause *ex fide bona*. Selon Paul, 34 *ad ed*., D. 14,2,2 pr: *Aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.* La bonne foi conduit à une répartition équitable des pertes[23].

Mais il n'y a évidemment pas lieu de s'étonner que la majeure partie des données soit fournie par la jurisprudence reflétant la pratique juridictionnelle dans une approche casuelle. Inutile d'épiloguer sur les cas flagrants de mauvaise foi: poursuites et sanction vont de soi. Si, par exemple, un vendeur vend sciemment une chose volée, l'acheteur peut évidemment recourir à l'*actio empti*, non parce que le vendeur ne l'a pas rendu propriétaire, mais du simple fait de sa mauvaise foi:

> Africanus, 8 *quaest*., D. 19,1,30,1: *Quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendiditi*.

Il en va de même si un mandataire a faussement déclaré à un prêteur que l'emprunteur était solvable; il peut être poursuivi pour mauvaise foi: Ulpianus, 11 *ad ed.*, D. 17,1,42: *Si tibi mandavi, ut vires excuteres eius cui eram crediturus et renuntiaveris eum idoneum esse.*

Autre cas de figure: l'associé qui fait manquer une vente à la société par négligence ou comportement dolosif: Ulpianus, 31 *ad ed*., D. 17,2,52,11: *Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo vel culpa empta non sit, pro socio esse actionem constat.*

Une partie perd également son droit pour mauvaise foi si elle n'est pas capable d'exécuter sa propre prestation, comme le prêteur qui perd le gage qui lui a été remis mais demande cependant l'intégralité du paiement promis par l'emprunteur:

> Ulpianus, 76 *ad ed*., D. 44,4,4,8: *Item quaeritur, si uniones tibi pignori dedero et convenerit, ut soluta pecunia redderentur, et hi uniones culpa tua perierint et pecuniam petas. Exstat Nervae et Atilicini sententia dicentium ita esse excipiendum:* "*si inter me et te non convenit, ut soluta pecunia uniones mihi reddantur*"*: sed est verius exceptionem doli mali nocere debere.*

Un autre cas est celui d'un montage associant vente et location où le vendeur-loueur du fonds perçoit un loyer en attendant que le prix de vente ait été entièrement acquitté par le locataire-acheteur; la bonne foi impose à ce vendeur- loueur de ne plus exiger la continuation du paiement du loyer si le prix de la vente lui a été versé avant la dernière échéance prévue par le contrat de location:

> Iavolenus, 11 *epist*., D. 19,2,21: *Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia*

23 Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., pp. 408 et s. considère que leur conception de ce que les parties se devaient réciproquement *ex fide bona*, ouvrait aux juristes romains un large éventail de moyens pour affiner leur application de la *lex Rhodia.*

merces accepta fieri debeat? Respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset.

Dans certaines circonstances, la bonne foi implique aussi de remplir des obligations implicites pour faire valoir son droit. Ainsi ne peut-on reprendre un bien que l'on a donné sans indemniser le donataire des frais engagés pour l'entretien de ce bien:

Ulpianus, 76 *ad ed*., D. 44,4,9: *Si minor mihi infantem donaverit, deinde eum vindicet, exceptione doli mali repellendus est, nisi alimenta reddat et si quis alius sumptus probabilis in eum factus sit.*

La bonne foi s'oppose également à la poursuite d'un intérêt indigne de protection. Ainsi n'est pas de bonne foi celui qui exige l'exécution d'une stipulation qui n'a pas, ou qui n'a plus, de cause:

Ulpianus, 76 *ad ed*., D. 44,4,2,3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. Proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem.*

Enfin, la bonne foi ne permet pas à une partie de se fonder dans ses revendications sur un comportement incompatible avec sa conduite antérieure. Ainsi est de mauvaise foi, l'usufruitier qui accepte que le nu-propriétaire vende le fonds mais exige malgré tout qu'il continue à lui assurer le bénéfice de l'usufruit:

Ulpianus, 76 *ad ed*., D. 44,4,4,12: *Quaesitum est, si, cum fundi usum fructum haberem, eum fundum volente me vendideris, an vindicanti mihi usum fructum exceptio sit obicienda. Et hoc iure utimur, ut exceptio doli noceat.*

Il s'agit actuellement du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (ou le principe de cohérence en matière contractuelle). Ce principe est reconnu, entre autres, par le droit allemand ("*Verwirkung*")[24] et par les droits du "*common law*"[25]. S'il n'est pas

24 L'adage *Non venire contra factum proprium* a permis à la jurisprudence de déduire une forme de déchéance ("*Verwirkung*"); D. Houtcieff, *Le Principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. de H. Muir-Watt, PUAM n 943, 2001, p. 722. Voir *Terminologie* cit., p. 261, note 186: la jurisprudence allemande connaît de nombreuses illustrations, par ex.: un avocat ne peut réclamer plus, au titre de ses honoraires, que ce qu'il avait préalablement annoncé (BGHZ 18, 340); une personne ne peut se prévaloir d'une clause compromissoire devant une juridiction étatique après s'être opposée, au préalable, à l'arbitrage pour des raisons de compétence juridictionnelle (BGHZ 50, 191).

25 Recours au principe de l'*estoppel*, D. Houtcieff, *Le Principe de cohérence*, cit., p. 727; B. Fauvarque-Cosson, "L'estoppel du droit anglais", dans *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, M. Behar-Touchais (sous la direction de), 2001, p. 3; D. Mazeaud, "La confiance légitime et l'estoppel", *RIDC*, 2, 2006, p. 363. Voir *Terminologie*, cit., p. 261, note 188.

expressément prévu dans la loi française, il se dégage de l'analyse de la jurisprudence et de certaines dispositions législatives[26].

Voilà une série de situations où la bonne foi est manifestement bafouée. Mais il en est d'autres plus subtiles, où le juge doit user de toute sa marge d'action pour fonder sa décision.

Déjà, pour les juristes romains, le laxisme, la négligence peuvent confiner à la mauvaise foi, "toucher au dol". Il en va ainsi de celui qui s'est porté caution et a payé la dette d'un débiteur mais omet de l'en informer, ce qui conduit ce dernier à la régler une seconde fois. La caution n'a certainement pas essayé délibérément de porter préjudice au débiteur mais elle ne s'est pas souciée non plus d'assurer sa position. Ce type de comportement ne s'accorde pas avec les préceptes de la bonne foi. Comme le dit Ulpien, on est ici "*dolo proximum*" (D. 17,1,29,3*)*, ou, plus précisément: "*dissoluta enim neglegentia prope dolum est*" (D. 17,1,29, pr.)[27].

Mais si ce cas ne soulève pas de difficulté, il y en a d'autres où l'appréciation de la bonne foi par le juge est plus complexe. Ainsi, un comportement témoignant d'une grave négligence peut difficilement être considéré comme répondant aux critères que l'on est en droit d'attendre d'une personne formée aux préceptes de la bonne foi. Selon Celse, par exemple, on doit considérer comme une violation de celle-ci, et donc un dol, le fait qu'un dépositaire soit plus diligent dans la gestion de sa propriété personnelle que dans celle des biens qui lui ont été remis à titre de dépôt:

> Celsus, 11 *dig.*, D. 16,3,32: *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit*[28].

Il s'agit d'un point de vue à rapprocher de celui de Gaïus à propos du contrat de société. Ce dernier avait déjà justifié pourquoi la responsabilité d'un associé est limitée au fait qu'il n'a pas agi avec la même diligence que dans la gestion de son propre bien, et ne permet pas de le poursuivre pour *culpa in abstracto*. Selon lui, le demandeur n'a qu'à s'en prendre à lui-même de ne pas avoir mieux choisi son partenaire:

> Gaïus, 2 *cott. rer.*, D. 17,2,72: *Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.*

Il s'agit donc d'une responsabilité limitée et ventilée.

26 *Bull. civ*. n 44, p. 48; D. Houtcieff, "Quelle sanction pour la contradiction?", *RLDC* n 18, 2005, pp. 5-9; D. Houtcieff, *Le Principe de cohérence, cit;* aussi Actes du Colloque organisé par le Centre de Droit des affaires de l'Université Paris V le 13 janvier 2000, *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, (sous la direction de M. Behar-Touchais), 2001; voir *Terminologie,* cit., pp. 260 et s. et notes 183 et 184.

27 G. MacCormack, "The Liability of the Mandatary", *Labeo* 18, 1972, p. 159.

28 Plusieurs lectures se démarquent sur le sujet: H. Hausmaninger, "*Diligentia quam in suis*", dans *Festschrift für Max Kaser*, 1976, pp. 276 et s; F. M. de Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, 1982, pp. 549 et s; D. Liebs, *Römisches Recht*, 1987, pp. 210 et s.

Mais la jurisprudence atteste de cas bien plus subtils encore, où le juge est incité à faire preuve de la plus grande rigueur dans l'appréciation de la bonne foi. Il en va ainsi pour l'acheteur d'une bibliothèque qui n'a contracté que sous condition qu'on lui fournisse un endroit pour la placer et qui ne veut pas donner suite à son achat sous prétexte que cette condition n'a pas été remplie. Pour Ulpien, s'il n'a même pas fait l'effort de demander aux magistrats municipaux l'emplacement prévu, il peut être poursuivi pour manquement à la bonne foi:

> Ulpianus, 11 *ad ed*., D. 18,1,50: *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur*[29].

On voit donc que l'appréciation par le juge du respect ou non de la *bona fides* lui laisse effectivement une bonne marge dans l'appréciation des responsabilités respectives du demandeur comme du défendeur, qu'il peut pondérer ou aggraver selon les circonstances.

Il est vrai que la théorie de l'imprévision n'a pas été consacrée en tant que telle par le droit romain. Il n'empêche que tant l'*actio quanti minoris* que la *remissio mercedis* étaient des institutions du droit classique et post-classique qui permettaient au juge de réduire une prestation pécuniaire, due en raison de circonstances nouvelles ayant un impact sur l'objet du contrat. Par exemple, pour Servius, dans le contrat de bail à ferme agricole, ou *locatio conductio,* la difficulté d'exécution due à de graves intempéries doit entraîner la réduction ou la suppression du loyer pour une certaine durée:

> Ulpianus, 32 *ad ed*., D. 19,2,15,2: *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait.*

On peut donc voir dans cette *remissio mercedis* une situation typique d'un changement de circonstances qui entraînait l'intervention du juge dans le contrat au titre de la bonne foi dans son exigence d'équité. Il faut reconnaître que de nos jours, en cette matière, le débat est plus doctrinal que judiciaire dans la mesure où les contrats contiennent fréquemment des clauses de "*hardship*" ou de "force majeure"[30]. Dès lors, le contentieux est tari à la source.

Il faut, pour finir, changer de plan d'évaluation, quitter le domaine de ce que protège la bonne foi et dire un mot de ce qu'elle permet de créer. Nombreux sont les systèmes juridiques actuels qui incluent dans la fonction interprétative de la bonne foi celle de la création d'obligations complétives. On qualifie parfois en France ce phénomène de "forçage du contrat". Or, inclure la création d'obligations nouvelles issues de la bonne foi sous le couvert de l'interprétation revient en fait à combiner fonction interprétative

29 R. Knütel, "Zur sogennannten Erfüllungs und Nichterfüllungsfiktion bei der Bedingung", *Juristische Blätter*, 1976, p. 616; Idem, *Stipulatio Poenae. Studien zur römischen Vertragsstrafe*, 1976, p. 197.

30 P. Pichonnaz, "From *Clausula Rebus sic Stantibus* to Hardship: Aspects of the Evolution of the Judge's Role", *Fundamina* 17 (1), 2011, pp. 131 et s.

et fonction complétive, certains parlent même d'"interprétation complétive"[31]. Trouve-t-on à Rome les prémisses d'une telle démarche? Je pense que oui, dans une certaine mesure. Le jurisconsulte Paul, entre autres, en fournit plusieurs exemples, parmi lesquels je retiendrai celui-ci:

> Paulus, D. 18,1,40,1: *In lege fundi aquam accessuram dixit. Quaerebator, an etiam iter aquae accessisset? Respondit, sibi videri id actum esse: et ideò iter quoque venditorem tradere oportere*.

L'intention fictivement prêtée aux contractants aboutit à ajouter une nouvelle obligation à l'obligation primitive du vendeur[32].

Ces quelques notations n'ont certes rien d'exhaustif mais elles appellent quelques observations, limitées à trois types de systèmes juridiques particulièrement représentatifs par leurs positionnements différents vis-à-vis de la notion de bonne foi.

Commençons par un système majeur, globalement favorable à la référence à celle-ci en matière contractuelle, celui de l'Allemagne. En droit allemand, le § 242 du BGB est réputé être une clause générale. La tentative de rationalisation ou d'objectivisation de la notion de bonne foi ressort de la méthodologie que les auteurs allemands ont adoptée et que l'on retrouve souvent sous la dénomination de "*fallgruppen*". Il s'agit de déterminer les fonctions de la bonne foi et d'organiser les différents arrêts fondés sur elle – "*Treu und Glauben*" – en différents groupes. En somme, la base de la démarche de la doctrine allemande est aussi la jurisprudence qui, à Rome, a permis de dégager peu à peu, concrètement, les contours de la bonne foi, comme on vient de le constater à travers quelques exemples. Un système interne, ("*inner system*") de la bonne foi est ainsi développé en Allemagne, qui vise à en déterminer le contenu[33].

Pour l'Angleterre, le constat doit être nuancé. De l'absence chez elle d'un principe général de bonne foi, il ne faudrait pas déduire celle de toute réminiscence du droit romain. A ce sujet, faut-il ressasser les réticences traditionnelles du droit anglais pour une référence générale à la bonne foi contractuelle, même sous la forme dissociée et complémentaire de "*good faith and fair dealing*"? Sans doute le droit anglais est-il attaché à la liberté contractuelle et à un certain autonomisme dans le domaine du contrat, mais ce constat global est loin de rendre compte de la réalité, fruit d'une incessante évolution. En attestent, entre autres, et doit-on s'en étonner, les multiples décisions sanctionnant des comportements attentatoires à ce que l'on qualifie ailleurs de bonne foi. Sur un autre plan, les *Regulations* par lesquelles sont transposées les Directives européennes sont probantes. Ces dispositions normatives, comme plusieurs décisions de justice sont

31 M.H. Wissink, "Interpretation", dans *The Principles of European Contract Law; A Commentary*, D. Busch, E. Hondius, H. Van Kooten, H. Schelhaas, W. Schrama (éd.), 2002, pp. 242-257.

32 L. Leveneur, "Le forçage du contrat", *Droit et patrimoine*, 58, 1998, p. 69; P. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, 2000, p. 65.

33 *Terminologie*, cit., p. 220.

assez évocatrices de la référence croissante à la bonne foi, dans ces cas expressément qualifiée[34].

L'évolution française, qui pourrait représenter un "entre-deux", entre la faveur allemande pour la bonne foi et l'hostilité de principe déclarée du droit anglais, laisse perplexe.

Dans le Code civil de 1804, si l'influence des concepts et des techniques romains a été considérable, la bonne foi n'a pas reçu de véritable consécration. Il est patent que les rédacteurs du Code civil ne voulaient pas faire de celle-ci un principe général, transcendant la matière contractuelle. L'article 1134 n'a qu'une finalité interprétative des conventions et ne constitue qu'un outil entre les mains des juges. Sa portée est donc limitée. Cela s'explique notamment par la préférence donnée au principe de l'autonomie de la volonté, qui imprègne la pensée juridique du dix-neuvième et de la première moitié du vingtième siècle. Impliquant la force obligatoire du contrat et son intangibilité, il laisse peu de place à la bonne foi en tant que principe correcteur du droit.

Pour ce qui est de l'avenir, deux documents de travail reflètent assez bien les tendances actuelles du droit français, à savoir l'Avant- Projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription initié par P. Catala et l'Avant-Projet de la Chancellerie, qui a le même objet. Leur mise en regard témoigne du flou régnant en France sur le thème en question.

L'Avant-Projet Catala ne semble pas modifier sensiblement le statut de la bonne foi. Certes, désormais, plusieurs dispositions s'y réfèrent expressément[35], ou implicitement[36]:

34 Ainsi en allait-il déjà des contrats *uberrimae fidei,* comme en témoigne la Section 17 du *Marine Insurance Act* de 1906, disposant qu' "*a contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith and if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party*". Plus récemment, les *Regulations* reprennent expressément le concept de bonne foi. Ainsi la *Regulation* 4 des *Commercial Agents Regulations* de 1993 porte que le "*principal, in dealing with his agent is obliged to act dutifully and in good faith*". La *Regulation* 5 prévoit pour sa part que les parties ne peuvent déroger à l'obligation de bonne foi. Dans le même esprit, *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, transposant la Directive communautaire 93/13, rappellent dans leur article 5 la clause abusive selon laquelle "*a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties*' *rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*". On peut mentionner aussi, en 2000, *The Consumer Protection (Distance Selling) Regulations 2000*, qui prévoient en leur article 7(2) que les informations doivent être fournies au consommateur "*with due regard ... to the principles of good faith in commercial transactions*". Dans la même veine, en 2001, un arrêt *Director General of Fair Trading v. First National Bank* [2002] 1 A.C. 481, [2001] 1 All E.R. 97 (H.L.) *précise* que "*good faith was not an artificial or technical concept but connoted fair and open dealing, which required terms to be expressed fully and clearly ...*". Voir *Terminologie*, cit., p. 271, n. 221.

35 Articles 1104 (L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres, mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi), 1106-1 (Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des règles assurant la protection des tiers de bonne foi), 1120 (La représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits, sous réserve de son devoir de loyauté envers son représentant), 1134, al. 3 (Les conventions légalement formées … doivent être exécutées de bonne foi), 1176 (Les parties ont un devoir de loyauté dans l'accomplissement de la condition).

36 Articles 1110 (Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner …), 1113-1 (Constitue

il n'en demeure pas moins qu'elle ne constitue toujours pas un véritable principe fondateur. Du reste, contrairement à la Cour de cassation, l'Avant-Projet ne fonde pas la renégociation judiciaire sur l'exigence de bonne foi ni n'encadre les clauses résolutoires expresses par le recours à cette notion. Surtout, l'absence de disposition générale sur l'exigence de bonne foi dans le chapitre sur la validité du contrat est patente.

L'Avant-Projet de la Chancellerie, beaucoup plus ouvertement perméable dans ce domaine aux influences communautaires, adopte une démarche fort différente: en effet, selon son article 18: "Chacune des parties est tenue d'agir de bonne foi". Ainsi, la loyauté contractuelle, déjà présente à travers l'obligation d'exécution de bonne foi prévue par le Code civil, y est aussi consacrée à travers un principe directeur de bonne foi. L'observation mérite d'autant attention que ce dernier Avant-Projet entend évacuer la notion de cause, ce palladium du droit français. Il a tenté, dans un premier temps, de la remplacer par celle d'"intérêt au contrat", ce qui a soulevé un concert de protestations et a été considéré comme une modification strictement artificielle se résumant à un changement de terme. Mais le fait demeure: une partie de la doctrine française considère qu'en réalité la cause contractuelle recoupe largement, par certaines de ses applications et de ses évolutions jurisprudentielles, des pans du domaine couvert ailleurs par la bonne foi; d'où l'intérêt, au-delà du patriotisme juridique largement invoqué, de maintenir la cause en tant que garante essentielle de la "morale" contractuelle.

Finalement, en Europe, la plupart des institutions contractuelles sont la transcription de concepts romains, et la bonne foi n'y fait pas exception. A Rome, l'apparition des contrats consensuels de bonne foi ainsi que l'accroissement corrélatif des pouvoirs du juge ont été progressifs. Peut-être est-ce en raison de sa malléabilité, de son absence de définition spécifiquement juridique, que la bonne foi a contribué à la création de figures contractuelles incontournables et à façonner une véritable "moralité contractuelle".

Aujourd'hui, malgré les différences terminologiques et l'existence de concepts juridiques concurrents, les droits nationaux convergent vers un accroissement de son rôle. L'harmonisation du concept à l'échelle européenne n'est pas une simple fiction et apparaît nécessaire pour satisfaire les besoins des opérateurs économiques. Par ailleurs et, *mutatis mutandis*, c'est une démarche que l'on rencontre déjà à Rome, ses promoteurs ne semblent pas viser à la substituer systématiquement aux spécificités nationales (*ius gentium*!) mais à regrouper en son sein des mécanismes proches, déjà utilisés dans les Etats membres et visant à assurer la pérennité du contrat. Dans cette perspective, cet héritage romain a certainement de l'avenir, fut-ce à long terme[37].

également un dol la dissimulation intentionnelle par un contractant d'un fait qui, s'il avait été connu de son cocontractant, l'aurait dissuadé de contracter, au moins aux conditions convenues), 1135-1 (La partie qui perd son intérêt dans le contrat peut demander au président du tribunal de grande instance d'ordonner une nouvelle négociation. 3 Le cas échéant, il en irait de ces négociations comme il est dit au chapitre 1er du présent titre. Leur échec, exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage).

37 S. Rosala, *La Place de la bonne foi du droit romain aux droits européens contemporains*, Master 2 de Droit des Contrats, Université Paris-Sud, 2013, p. 39.

Abstract

Good faith is one of the key elements of the Roman law of obligations, whose implementation rests essentially on *actiones bonae fidae*. Despite the important contribution that the concept of *bona fides* made to the law in ancient times, particularly in the field of contracts, its reception has been extremely varied. Adopted to a large extent by the German civil law and its adherents, it has not been fully received in French law, as may be seen in the French Civil Code of 1804, nor in English law, which refuses to recognise it as a concept. Moreover, some doctrines remain hostile to it, considering the principle to be too vague to be useful. However, it seems that the concept of *bona fides* has regained some importance, especially in European community law as well as in draft legislation, as in France for example. This contribution focuses on *bona fides* in Roman jurisprudence as a point of reference for developments in contemporary European lawmaking.

CONTINUIDAD HISTÓRICA DE LA PROHIBICIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Encarnació Ricart-Martí*

1. Introducción

En el último título del Digesto de Justiniano, rubricado *de diversis regulis iuris (antiqui)*, título que reúne 211 fragmentos que recogen reglas o máximas de Derecho creadas por los juristas romanos y que han ocupado un lugar preferente en la historia del pensamiento jurídico, encontramos una conocida máxima de Pomponio: *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*[1]. Esta máxima se extrae de otro texto del mismo jurista, en sede de *condictio indebiti*, y cuyo tenor literal es prácticamente el mismo. Muchos autores han destacado la vinculación de esta regla con el conocido texto del jurista Ulpiano, del primer título del Digesto, rubricado de *iustitia et iure: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum quique tribuendi = Justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho*[2]. La conexión de esta regla jurídica con la idea aristotélica de justicia conmutativa resulta evidente. Una obra fundamental en la historia del Derecho español como Las Partidas de Alfonso X el Sabio contienen en su último libro la conocida máxima: *E aun dixeron (los sabios antiguos) que ninguno non debe enriquecerse torticeramente en daño de otro*[3].

Los supuestos que pueden encuadrarse en la doctrina del enriquecimiento injustificado son variados; desde supuestos en los que el enriquecimiento se ha obtenido sin causa (como por ejemplo el cobro de lo indebido) a supuestos en que el enriquecimiento se debe a la nulidad del contrato subyacente (por ejemplo contratos realizados por personas no autorizadas de acuerdo con su estatuto personal). Esta distinción ha sido muy útil para el Derecho internacional privado, y ha permitido, en ocasiones, la objeción jurisdiccional

1 D. 50,17,206 Pomponio 10 *ex variis lectionibus*, y D. 12,6,14 del mismo jurista aunque obtenido de libro 21 *ad Sab.*); también Ulpiano 5 *de omnibus tribunalibus* D. 2,15,8,22 *i.f.*

2 D. 1,1,10 Ulpiano, *Regulae* 1; también IJ. 1,1 pr. b.

3 Partida 7,34,16; la influencia de todo el *Corpus iuris civilis* en Las Partidas es palmaria; la *regula iuris* se encuentra recogida también en el *Liber sextus* 5,13,48.

* Profesor, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, Spain.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 790-800

de orden público[4]. En los ordenamientos jurídicos en que no hay una positivización de la prohibición de enriquecimiento, la jurisprudencia y la doctrina consideran la prohibición como un principio general[5]. De hecho la doctrina, con razón, critica la subsunción de los supuestos de enriquecimiento sin causa entre los supuestos de enriquecimiento injusto, pues no responden a una unidad conceptual. Las expresiones "enriquecimiento sin causa" o enriquecimiento injusto no son suficientemente expresivas de su contenido, la primera porque se agota en las *condictiones* romanas y la segunda porque hacen referencia a una ilicitud que no es requisito de la institución que comentamos ni cabe en los supuestos de responsabilidad por daños[6]; en la institución que trabajamos, la licitud es requisito del enriquecimiento y del empobrecimiento, la obligatoriedad de restitución se fundamenta en la equidad[7].

2. Cuestión de planteamiento: Enriquecimiento injustificado por prestación o enriquecimiento injustificado por otro medio

La división de los modos en que puede acaecer un enriquecimiento está ya aceptada sin discusión, sobre todo desde que se ha desdibujado o matizado el requisito de que todo enriquecimiento de uno debía corresponderse con un empobrecimiento de otro[8]; el supuesto más claro es el enriquecimiento de uno a causa de la prestación realizada por otro sin causa que la justifique; esta prestación otorga un provecho al enriquecido, provecho

4 Esteve González L., "Proyección en el sector del derecho aplicable de las distintas concepciones de enriquecimiento sin causa" en *Anuario de Derecho civil* LIII, fasc. II, 2000 pp. 511-551.

5 Diez-Picazo L. no lo considera un principio general: *No me parece un principio general del Derecho entendido en el sentido que a esta expresión da el art. 1º de nuestro Código Civil. No me lo parece por la dosis de excepcionalidad y por que no encaja bien en nuestro ordenamiento jurídico dado que algunas de sus aplicaciones prácticas encajan mal en los moldes de nuestra legislación y de nuestros códigos* (El autor antes ha hablado de la excepcionalidad de las obligaciones restitutorias ya que, según el autor, la regla general es la permanencia de los lucros en los patrimonios en que se producen), en "La doctrina del enriquecimiento injustificado" en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid 1988, p. 44; De la Cámara Álvarez M. en "Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa" en la misma obra, pp. 149 y ss. acepta la naturaleza de principio general; de todas maneras en las matizaciones de ambos autores sobre lo que debe entenderse por principio general se manifiesta que no hay un desacuerdo substancial. Sobre el tema vid. Schrage E., *Unjust Enrichment*, publicado por Duncker und Humblot en 1999; Birks P., *Unjust Enrichment*, Oxford 2005, y Badosa Coll F., "El Enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto" en *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, dir. Esteve Bosch Capdevila, Barcelona 2012, pp. 71-137.

6 Miquel J., *Derecho privado romano*, Madrid 1992, p. 342; Cannata C.A. utiliza la expresión *arrichimento ingiustificato*, que se corresponde a *ungerechftertigte Bereicherung* del BGB, porque es la única que se adapta a todos los supuestos posibles en *Materali per un corso di Fondamenti del Diritto europeo,* Torino 2005, p. 89. Badosa Coll F. *op. cit*. p. 95.

7 "Las cuestiones más importantes del enriquecimiento injustificado son dos, referentes a cada uno de sus términos, el económico y el jurídico; la licitud se predica del empobrecimiento y la injustificación se predica del enriquecimiento ... el nombre extenso de la institución debe ser enriquecimiento a costa de un empobrecimiento ajeno, lícito pero sin causa o injustificado: Badosa Coll F. *op. cit.* pp. 72 y 92.

8 Zimmermann R., "Enriquecimiento sin causa: La moderna orientación de los ordenamientos jurídicos continentales" en *Estudios de derecho privado europeo*, traducción del original inglés de A.Vaquer Aloy, Madrid 2000, p. 232 n. 9.

que puede consistir en la entrega de una cosa, en donde cabe también la liberación formal de una obligación[9], pero también puede ser la realización de un servicio, o la entrega de una obra terminada; un *dare,* un *facere* o un *praestare*[10]. El cobro de lo indebido es el caso más paradigmático del enriquecimiento por prestación, pero también todos los supuestos de trabajo no retribuido[11].

En el enriquecimiento por otro medio se incluyen supuestos de intromisión en la esfera de disposición de otra persona; casos reunidos bajo la denominación que la doctrina, unánimemente, trata con el término alemán *Eingriffskondiktion* o interferencia en los derechos de otra persona[12]. Por ejemplo la utilización de la imagen de una persona, sin su autorización, y con finalidad comercial; otro ejemplo: un supuesto efectivamente ocurrido en Francia en el que una empresa concesionaria de la distribución de agua en un territorio, utilizaba las conducciones subterráneas instaladas por otra empresa[13]. El fundamento de este tipo de enriquecimiento ha dado lugar a planteamientos doctrinales diversos; una línea doctrinal superadora de la visión unitaria que representaba la teoría de las *condictiones* fue la que destacó como elemento esencial de los casos de enriquecimiento por intromisión la antijuricidad del acto intromisivo; de hecho esta línea doctrinal no se refería solo al enriquecimiento por intromisión sino a todo enriquecimiento; aunque el planteamiento representó un avance importante en la reflexión sobre el tema, fue objeto de objeciones: Basozabal Arrue habla de *intromisiones revestidas de legalidad como algunos supuestos de gestión de negocios ajenos*[14]. Otra línea doctrinal, que ha calado hoy en muchos autores aunque no ha conseguido imponerse totalmente es la teoría de la atribución: hay enriquecimiento cuando el enriquecido ha usurpado bienes o provechos a un titular al que el ordenamiento atribuía esos bienes o provechos de manera exclusiva: *esta finalidad atributiva del derecho usurpado es la clave de la no justificación (Ungerechtfertigkeit) del enriquecimiento y el principio orgánico fundamentador de las pretensiones de enriquecimiento por intromisión*[15].

Puede haber también enriquecimiento por otra causa en casos de realización de mejoras en algo que no sea propio: *Verwendungskondiktion*; normalmente este supuesto queda subsumido por la propia legislación relativa al régimen del poseedor de buena

9 En Derecho romano: *acceptilatio,* Gayo Inst. 3,169.

10 Gayo Inst. 4,2; y D. 44,7,3 Paulo 2 *Inst*.

11 El TS español, en los casos en que condena a compensar económicamente el trabajo no retribuido que ha realizado un miembro de la pareja a favor del otro miembro de la pareja cuando hay ruptura de su convivencia estable, encuentra el fundamento en la doctrina del enriquecimiento injustificado, siguiendo una línea doctrinal que niega *analogía legis* con la situación matrimonial.

12 Zimmermann R., *op. cit.* p. 253; sobre el tema Basozabal Arrue X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid 1998.

13 Zimmermann R., *op. cit.* p. 258, n. 109 y n. 110.

14 Plantea también otros supuestos como la ejecución forzosa de un bien no perteneciente al ejecutado, y todas la hipótesis de accesión en las que ésta se da por acción de la naturaleza, Basozabal Arrue X., *op. cit.* p. 57.

15 Basozabal Arrue X., *op. cit*. p. 68. El autor conoce el tema en profundidad y realiza un completo análisis del *status quaestionis* a partir de las fundamentales aportaciones de Wilburg o de Von Caemmerer.

fe; sea de un inmueble, sobre todo en casos de mejoras agrícolas[16], o de un bien mueble; la *negotiorum gestio* es un supuesto tipificado en muchos ordenamientos de *Verwendungskondiktion*[17].

Puede haber también enriquecimiento injustificado en aquellos casos en que alguien paga una deuda o parte de una deuda de otro: por ejemplo el comunero, el fiador, o un tercero espontáneamente[18]; en estos casos se utiliza también la denominación alemana de *Rückgriffskondiktion*; en los casos del comunero o del fiador[19], muchos ordenamientos tienen prevista la cesión de acciones. Los ordenamientos que admiten como válido y liberatorio el pago realizado por persona que no sea el deudor, tienen prevista la cesión de acciones[20]. Los ordenamientos que no admiten como válido y liberatorio el pago realizado por persona que no sea el deudor, pueden subsumir estos supuestos en la *negotiorum gestio*. En cualquier caso no debe entenderse este supuesto como un caso de enriquecimiento por prestación puesto que el tercero que paga una deuda ajena no tiene voluntad de realizar una prestación al deudor.

Pueden darse supuestos de enriquecimiento injustificado en los que la vinculación entre el enriquecido y el perjudicado lo es a través de persona intermedia; en general se denominan supuestos de enriquecimiento indirecto o *ex alieno contractu*, y son sobre todo casos de mejoras mediatas de bienes ajenos, como las mejoras realizadas por un profesional en un inmueble, cuando habían sido acordadas por quien estaba en posesión del mismo, en los casos en que este poseedor devenga después insolvente; otros supuestos, aunque menos frecuentes, pueden darse en situaciones de servicios realizados a favor de terceras personas no participantes en el acuerdo generador de los mismos[21]. Muchos de estos supuestos deben ser tratados de acuerdo con el régimen aplicable a instituciones jurídicas distintas[22].

16 Arts. 451,452,453 del Código civil español; en Alemania, Francia, Italia, la protección de los gastos realizados por el poseedor de buena fe es similar a la del Código civil español; casos de *Verwendungskondiktion* los encontramos en IJ. 2,1,30 y en D. 3,5,5,5 con glosas medievales interesantes de Martinus, Ioannes Bassianus y Bulgaro, citadas por Schrage E., *op. cit*.

17 El derecho inglés, con una orientación más liberal e individualista, no recoge la figura de la *negotiorum gestio*, aunque admite supuestos que pueden reconducirse a la figura. Miquel J., *op. cit*. p. 340 y Zimmermann R., *op. cit*. p. 260 que comenta la doctrina anglosajona de *agency by necessity* para el reembolso de los gastos necesarios, basada en los usos marítimos.

18 En Derecho romano se reconoce la posibilidad de que un tercero, unilateralmente, pague la deuda ajena; Gayo en D. 3,5,38 y en D. 46,3,53.

19 Art. 1838 Código civil español (en adelante CC).

20 CC español, art. 1158 CC.

21 Gallo P., en *L'arrichimento senza causa*, Padova 1990, p. 511, en el capítulo octavo dedicado al enriquecimiento indirecto: *Il gruppo di casi più importanti è quello relativo al miglioramento mediato di un bene altrui. Lo schema tipico è quello di un possessore o di un detentore, non importa a quale titolo, di un bene per lo più immobile, il quale abbia incaricato terze persone di effetuare lavori di manutenzione, riparazioni, o addirittura costruzioni sul bene in cuestione. Accanto a questi cassi, del tutto predominanti, si ricordano anche alcune sentenze in cui il servizio pattuitto dall'intermediario non si referisce ad un bene, ma ad un'altra persona ... insegnanti che avevano asunto l'impegno nei confronti dei genitori di istruire il loro figli, e che poi, non pagati dai genitori, avevano agito con sucesso nei confronti degli allievi stessi.*

22 Diez-Picazo L., *op. cit*. p. 123 y notes 88 y 89, citando a Esser, comenta que solo es aplicable al poseedor a título de dueño.

3. Algunos datos de Derecho comparado

En los ordenamientos de nuestro entorno cultural, nos fijaremos sólo en los sistemas de *civil law*; los sistemas de *common law* al operar casuísticamente, tienen un campo de actuación más abierto.

En Alemania, el libro segundo dedicado a las *relaciones obligatorias*, contiene en su sección octava lo relativo a las *relaciones obligatorias particulares,* y en el título 26 de esta sección octava se encuentra el tratamiento singular del *enriquecimiento injustificado;* el parágrafo 812 contiene un planteamiento general en el que se incluyen supuestos de enriquecimiento injustificado por prestación, supuestos de enriquecimiento injustificado causados por cualquier otro modo e incluso supuestos en los que el enriquecimiento se origina por el reconocimiento de la existencia o no de una relación obligacional; en los parágrafos posteriores hay concreciones del supuesto general. En general se considera que el BGB ha codificado la *condictio* dejando solo un pequeño espacio para los casos de enriquecimiento indirecto[23]. Aunque sin la concreción del código alemán, otros códigos positivizan la prohibición de enriquecimientos injustificados: el Código civil holandés (1992)[24], el Código civil suizo de obligaciones (de 1911), integrando su tratamiento en la parte general del derecho de obligaciones y concretamente en el capítulo tercero dedicado a las obligaciones derivadas de *indebito arrichimento*[25]; también el Código civil austríaco, integrado en el apartado relativo a la extinción de derechos y obligaciones junto al pago de deuda inexistente[26]; también el Código civil italiano (de 1942) que en el libro dedicado a las obligaciones propone un título séptimo dedicado al pago de lo indebido y un título octavo dedicado al enriquecimiento sin causa en donde se codifica la *actio in rem verso* como una acción general de enriquecimiento[27]; y Código civil portugués (de 1966) en el apartado dedicado a las obligaciones en general[28]; el Código civil griego de

23 En opinión de Badosa Coll F., *op. cit*. p. 72: "Los Derechos germánicos prescinden de los cuasicontratos y utilizan las condictiones. Las causas fueron dos. La primera es que la gestión oficiosa no se considera una institución autónoma sino que se incluye en el mandato. La segunda y fundamental, es que en base al pago de lo indebido se restaura la *condictio indebiti* romana y, de su mano, el resto de las *condictiones*, excepto la *condictio furtiva*".

24 Arts. 6:212-1: *Colui che resulta ingiustamente arrichito a spese di un altro è tenuto, nella misura in cui ciò è ragionevole, a riparare il dano di costui, nei limiti del propio arrichimento,* Cannata C.A., *op. cit*. p. 125 y n. 92 en donde añade el comentario de que la mención a la razonabilidad está pensada para los casos en que el enriquecido no era consciente de su enriquecimiento. También Zimmermann R., *op. cit*. p. 239 n. 35, en donde cita a Hartkamp A.S. quien, según Zimmermann, subraya expresamente la relación histórica de este artículo con la *condictio indebiti* (a través del 1395 del antiguo BW).

25 Arts. 62 a 67; en el art. 62 pueden encontrarse la *condictio sine causa*, la *condictio causa data causa non secuta*, y la *condictio ex causa finita*; en el art. 63 la *condictio indebiti*; la *condictio ob turpem causa* se argumenta desde el art. 66. vid. Cannata C.A., *op. cit*. p. 123.

26 Arts. 1431 a 1432 para la *condictio indebiti*, y art. 1041 para la *actio in rem verso,* vid. Cannata C.A., *op. cit*. p. 125.

27 Arts. 2033 a 2040 para el pago de lo indebido y arts. 2041 y 2042 en donde se encuentra una declaración expresa sobre la subsidiariedad de la acción. El Código civil italiano de 1865 seguía fielmente el modelo francés.

28 Arts. 473 a 482.

1945[29]; entre los códigos americanos citamos el Código civil federal mejicano de 1928[30], y el Código civil cubano (de 1987)[31]. También en el Código civil del Québec[32].

El Código civil francés[33], y por su influencia el Código civil español, y muchos códigos americanos, no positivizan la prohibición de enriquecimiento injustificado sino que mantiene en el ámbito del cuasicontrato la gestión de negocios ajenos sin mandato y el pago de lo indebido. Aun así el sistema francés ha integrado una creación jurisprudencial por la que se entiende que la *actio in rem verso* es la acción general y subsidiaria del enriquecimiento injustificado[34]. Que el Código francés se apartara de las fuentes romanas, del *ius commune* y de su propio derecho consuetudinario se debe, entre otros motivos, a su propia profundización doctrinal en la teoría de la causa del contrato, alrededor de la que se reconstruye todo el planteamiento sistemático de las obligaciones contractuales y cuasi contractuales[35].

El Código civil español sigue el sistema francés: un título dedicado a las obligaciones que se contraen sin convenio, en el que se encuentra un capítulo en el que se definen los cuasi contratos, subdividido en dos secciones, una dedicada a la gestión de negocios ajenos y la otra dedicada al cobro de lo indebido[36]; en el capítulo IV del título preliminar sobre *normas de derecho internacional privado* el art. 10.9 dedicado a las obligaciones no contractuales se cita el enriquecimiento sin causa al que se debe aplicar *la ley en virtud de la cual se produjo la transferencia del valor patrimonial a favor del enriquecido*; lo que hace comentar al profesor Luis Diez Picazo, no sin ironía, que *es un texto realmente extraordinario pues establece una regla de conflicto en el Derecho Internacional Privado para una institución cuyos requisitos y contenido no se encuentran legalmente regulados en el Derecho español*[37]; el art. 10.9 del Código civil español es fruto de la

29 Art. 942.

30 Entró en vigor en 1932; art. 1882.

31 Art. 101.1; extraigo estos datos, principalmente, de Esteve González L., *op. cit.* pp. 511-551. La autora cita también códigos del Zagreb y de Oriente Medio, y el Código civil de turquía; también Cannata C.A., *op. cit*.

32 Arts. 1494-1496.

33 Art. 1377 y ss.

34 Todos los autores coinciden en citar una sentencia de 15 de junio de 1892, del Tribunal de Casación; caso *Patureau-Miran c/ Boudier*, llamada *arret Boudier*, que era un supuesto de enriquecimiento indirecto; Cannata C.A., *op. cit*. p. 127 n. 101 y 102.

35 Diez-Picazo L. y De la Cámara M., en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, *op. cit,* pp. 90 y ss; Cannata C.A., *op. cit*. p. 126 y notas 95 a 99 en donde el autor otorga mucha importancia a la versión alemana del Derecho francés codificado de C.S. Zachariä, *Handbuch des französischen Zivilrechts* de 1808. Zachariä estaba formado en el *usus modernus pandectarum,* y sobre la base de los pocos textos del Código civil francés sobre la cuestión construyó un principio general de la obligación de restituir surgida a causa de la destinación de bienes de un sujeto en provecho de otro, fundando su afirmación en la *ex versione in rem,* desde el texto de Pomponio D. 50,17,206 y en Celso D. 12,6,14; la traducción francesa de la obra de Zachariä realizada por C. Aubry y C. Rau gozó durante mucho tiempo de gran autoridad.

36 Arts. 1887 a 1901. En el capítulo segundo del mismo título se encuentra la regulación de las obligaciones que nacen de culpa o negligencia (arts. 1902-1910).

37 Diez-Picazo L., *op. cit.* p. 45; en opinión de Badosa Coll F., *op. cit.* p. 94, el art. 10.9 del Código civil español sigue al art. 44 del Código portugués.

reforma del Título Preliminar del año 1974 (Decreto 1836 de 31 de mayo), pero mantiene su fundamento en los Principios Generales del Derecho del art. 4.1; la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra dedica tres artículos o leyes al *enriquecimiento sin causa*: primero determina los casos en que puede haber enriquecimiento sin causa: cuando *se adquiere o se retiene, sin causa, un lucro;* en segundo lugar se determina el *onus probandi* en los casos de repetición de un pago indebido, y en tercer lugar se determina la no repetibilidad del pago de obligaciones naturales[38]; el art. 18 de la Ley de Competencia desleal[39], el art. 66 de la Ley de Patentes, y el art. 38 de la Ley de Marcas recogen también la prohibición de enriquecimiento injustificado al declarar que el perjudicado tiene acción contra el enriquecido[40]; el art. 65 de la Ley Cambiaria y del Cheque para los casos de pérdida de acción cambiaria e imposibilidad de ejercicio de acción causal[41].

4. Protagonismo del Derecho romano en el tema

La plasmación de distintos supuestos que dan lugar a acciones que pretenden la restitución por enriquecimiento injustificado se debe a los juristas romanos.

En Derecho romano clásico, la acción formularia para reclamar cantidades ciertas de dinero o cosas ciertas, la *condictio*, permite canalizar pretensiones surgidas de causas muy variadas, entre las que están los distintos supuestos de enriquecimiento injustificado; el pretor le dice al juez en la fórmula: *Si resulta probado que Numerio Negidio debe a Aulo Agerio 10000 sextercios, condena a Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio 10000 sextercios; si no resulta probado, absuélvelo*; la abstracción de la fórmula ofrece posibilidades ilimitadas; el carácter abstracto de la fórmula soporta un mandato de condenar al demandado en caso que se aporten pruebas que acrediten que éste se ha beneficiado de una prestación, injustificadamente, es decir, sin una causa de base jurídica que le otorgue fundamento. Ya Gayo, en Instituciones 3,91, al hablar de las obligaciones que se contraen a partir de lo entregado en préstamo, plantea que aquel que acepta lo no debido, cuando se le paga por error, queda obligado a restituir por la *condictio* como si se tratara de un préstamo ordinario[42].

En el proceso formulario de la época clásica del Derecho romano, con la *condictio* se pretende una cantidad cierta de dinero o una cosa cierta, pero algunos textos de juristas tardoclásicos contienen supuestos de *condictio incerta* para reclamar restituciones por

38 Leyes 508 a 510 de la compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo de Navarra, de 1973.

39 Art. 18.6 de la Ley de competencia desleal de 1991: *Contra el acto de competencia desleal se podrá ejercitar ... la acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.*

40 Art. 66 de la Ley 11/1986 de Patentes: La indemnización de daños y perjuicios por violación del derecho de patente *comprenderá no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el titular* … también art. 38 de la Ley 17/2001 de Marcas.

41 Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

42 Gayo Inst. 3,91: *Is quoque quod non debitur accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur; nam proinde ei condici potest si paret eum dare oportere, ac si mutuum accepisset* Ver también Gayo Inst. 2,79, texto que explicita una excepción al requisito de la *datio*.

enriquecimiento injustificado; algunos romanistas consideran que los textos del Digesto que hablan de *condictio incerta* están interpolados; supuestos interesantes de *condictio incerta*, probablemente no clásicos, hablan, por ejemplo de la entrega de un fundo en que por error el *tradens* olvida detraer la servidumbre de paso; en este caso Pomponio entiende que la cesión de servidumbre debe exigirse por la *condictio*[43].

El nuevo proceso civil de la etapa posclásica modificará la función de la *condictio* que ya no será abstracta. Lo importante es destacar que el Derecho clásico fundaba en la *aequitas* del *ius naturale* la prohibición de enriquecimiento injustificado, y utilizaba la *condictio* para canalizar la reclamación de restitución, pero no porque la *condictio* estuviera pensada para esta finalidad, sino porque la *condictio* se adaptaba a variadas y múltiples necesidades, entre las que cabe perfectamente la prohibición de enriquecimiento injustificado.

El Derecho posclásico, por influencia de las escuelas orientales, se aparta de las grandes categorías del Derecho romano clásico, especialmente de las categorías procesales; se tiende a la generalización, y los rescriptos y los decretos de los emperadores tienden a una interpretación tópica, basada en valores propios del *ius naturale* o del *ius gentium*; los principios filosófico morales enunciados por los clásicos encuentran un amplio campo de proyección.

Para Justiniano, el pago de lo no debido se encuadra en el grupo de los *quasi contratos* que no es una nueva categoría, sino un grupo de supuestos residuales tratados por Justiniano *como si fueran contratos*[44]; y lo que es más importante, el emperador dice que el enriquecido por el cobro de lo indebido debe responder a través de la *condictio*, dado que la entrega debe considerarse como un préstamo de dinero o cosa consumible[45].

En el Digesto encontramos una clasificación de las *condictiones* de la que no hay precedente en las fuentes clásicas; un conocido texto de Paulo 17 *ad Plautium* (D. 12,6,65) relaciona una serie de supuestos de acción de repetición, para descartar unos (por ejemplo la transacción) y aceptar otros[46].

Para Justiniano *condictio* es el paradigma de las acciones *in personam* de restitución; de hecho la *actio praescriptis verbis*[47], antecedente remoto de la autonomía de la voluntad, y la *condictio,* se desarrollaron en paralelo, y la línea diferencial entre ellas no siempre es clara. La tipología justinianea es muy criticable pues da a entender que los supuestos están previstos de manera tasada, y ello no es cierto; en los textos se comentan supuestos variados, además de encontrarse tipologías distintas como la de D. 12,4,3[48];

43 D. 12,6,22,1 Pomponio 22 *ad Sab*., también D. 8,2,35 Marciano 3 *reg*., también D. 19,1,8 pr. Paulo 5 *Sab*.

44 Miquel J., *op. cit.* p. 339.

45 IJ. 3,27 pr.: *Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur*; y IJ. 3,27,6; también D. 44,7,5,3 Gayo 3 *res cottidianae*.

46 El texto no es casuístico sino que pretende construir una taxonomía de supuestos, aunque no parece que exhaustiva; el pago de lo indebido es el supuesto que merece un comentario más amplio; llama la atención que el jurista inicie el planteamiento por el supuesto de la transacción. Todos los supuestos tratados se inician con una *datio*.

47 D. 19,5 *De praescriptis verbis et in factum actionibus*.

48 Ulpiano 26 *ad edictum* en un texto planteado desde la lógica: dación para que no se manumita, dación para que se manumita, dación para que se manumita en cierto tiempo, etc.

hay *condictiones* para reclamar la restitución atendiendo a la causa por la que actuó el *tradens* (las del libro 12 del Digesto), y *condictiones* clasificadas atendiendo a su objeto (las del libro 13 del Digesto). Ambos libros, 12 y 13, son los dos primeros *de rebus creditis*, y se encuentran tratadas las siguientes rúbricas: (D. 12,4,1 pr. Ulpiano y CI 4,6) *De condictione causa data causa non secuta*; (D. 12,5 y CI 4,7 y CI 4,9) *De condictione ob turpem vel iniustam causam*; (D. 12,6 y CI 4,5) *De condictione indebiti*; (D. 12,7,1 pr. y CI 4,9) *De condictione sine causa*; (D. 13,1 y CI 4,8) *De condictione furtiva*; (D. 13,2 y CI 4,9) *De condictione ex lege*; (D. 13,3) *De condictione triticaria*.

Justiniano utiliza el criterio clásico de la *locupletatio = lo que se ha convertido en lucro*, es decir, de la averiguación del volumen del enriquecimiento; este concepto lo extrae de la *actio in rem verso*[49]: pensada para recuperar aquello que se ha convertido en lucro para el *pater familias o dominus* a causa de la actividad negocial del *filius familias* o del esclavo, en detrimento de tercero.

Un complicado texto del jurista Pomponio libro 6 *ad Plautium* (D. 46,3,66) propone la protección mediante *actio utilis* a uno (B) que creía ser deudor de un pupilo (A), el cual, sin la autoridad de su tutor, le ordena mediante *iussum* que pague a su acreedor (C); en este caso B ha liberado a A en relación a C, pero no puede recuperar por *condictio* lo pagado erróneamente porque el *iussum* de A lo fue sin la *auctoritas* del tutor; la interpretación medieval consideró que esta *actio utilis* en lugar de una *condictio* era una acción de enriquecimiento basada en la *regula iuris* de Pomponio de D. 50,17,206 según la que es contrario a la equidad y al Derecho natural que alguien pueda enriquecerse injustificadamente en perjuicio de otro[50]. Un rescripto de los emperadores Diocleciano y Maximiano del año 293[51] afirma que si alguien (A) ha contratado (realizado un préstamo) con una persona libre (B) que gestionaba intereses de otro (C), no hay acción de A contra C a no ser que el dinero prestado haya llegado al patrimonio de C (*in rem eius pecunia processit*) y que éste hubiera ratificado el contrato. Un comentario al texto de Roffredus Beneventanus[52] entiende que los emperadores están hablando de una *actio in rem verso utilis* en el sentido de que aunque la acción estuvo pensada por el pretor peregrino para que pudiera reclamarse un lucro al *pater familia*s o al *dominus* de una persona dependiente, también podía ejercitarse para reclamar un lucro entre personas independientes; por eso se habla de *utilis*. Puede observarse aquí que el derecho posclásico atenuó el rigor procesal de la *condictio* (que solo se otorgaba al *tradens* contra el *accipiens*) mediante

49 D. 14,5,1 o Gayo Inst. 4,74 *i.f.*; *quod persequitur, in rem patris dominive versus esse* referido a la obligación de revertir la ganancia que se encuentra en el patrimonio del padre o del propietario del esclavo, o *qui potest probare in rem domini versus esse, de in rem verso agere debet.* D. 15,1, rúbrica *de peculio*, se refiere, entre otras acciones *adiecticiae qualitatis*, a la *actio in rem verso.*

50 Cannata C.A., *op. cit.* p. 118 y nota 73, cita la glosa *si pupilli* que se refiere a lo impropio que resultaría, si no se concediera la *actio utilis,* que el pupilo permaneciera en su lucro.

51 Se trata de CI 4,26,7,1, vid una reciente aportación: Vandolini L., "Acciones adiecticiae qualitatis: categoría dogmatica o *nomen iuris*?", en *eum x diritto*, *Quaderno di diritto romano degla Università di Macerata*, I, 2008, pp. 5-20.

52 El glosador vivió de 1170 a 1243 aprox.; Cannata C.A., *op. cit.* p. 119 n. 74.

la utilización forzada de un remedio pretorio. La interpretación medieval adaptó esta *actio in rem verso utilis* para otorgar acción a alguien contra otro con el que solo hubiera mediado contrato con intermediario, pero no como acción autónoma, sino modificando la legitimación procesal de acciones ordinarias; así: *actio mutui de in rem verso* o *actio venditi de in rem verso,* por lo que no eran acciones propiamente de enriquecimiento, ya que lo importante era que permitían actuar contra tercero, aunque efectivamente era el enriquecimiento lo que motivaba su enervación. El *ius commune* se fijó sobre todo en la mención de Pomponio a la equidad ampliando en lo posible el campo de actuación de los remedios restitutorios en casos de falta de equidad, con excepción de los casos en que *legum auctoritate* se producía un resultado contrario a la equidad como por ejemplo la adquisición de la propiedad de una cosa por la posesión continuada de la misma, en perjuicio de tercero. La interpretación del *ius commune* sobre algunos textos de los juristas clásicos había reafirmado el fundamento de la restitución en caso de enriquecimiento injustificado[53].

El iusnaturalismo, al tener el camino ya facilitado por Pomponio sobre una regla fundada en el *ius naturale*, no hizo nada más que interpretar la prohibición del enriquecimiento injustificado en un ámbito de racionalidad[54].

Ubicado ya en un ámbito de racionalidad, Savigny elevó el enorme potencial de la doctrina del enriquecimiento injustificado al estudiar en profundidad la teoría justinianea de las *condictiones* según la sistematización de las mismas en el Digesto y en el Código, lo que determinará un campo de actuación amplio en los tratados alemanes anteriores a la codificación del BGB de 1896[55].

Windscheid consolidará la creación doctrinal; Windscheid sitúa el enriquecimiento injustificado en la parte especial de las obligaciones, en el apartado de "Los particulares derechos de crédito", no en la parte general de las obligaciones, entre las fuentes de las obligaciones; el apartado en el que se encuenta el Enriquecimiento injustificado se denomina "derechos de crédito de fundamentos semejantes a los contratos", y esos derechos son 1) el enriquecimiento injustificado, 2) la gestión oficiosa, 3) la tutela y la curatela de bienes, 4) la comunidad y confusión de límites.

53 Diez-Picazo L., *op. cit.* pp. 76 y ss. cita una selección de textos interesantes entre los que destaca P. Juvencio Celso D. 12,1,32 en el que se otorga *condictio* (juvenciana) a quien había ordenado a su deudor que prometiera cantidad a tercero; cita también a Coing en *Zur Lehre von der ungerechtfertigegten Bereicherung bei Accursius* en Zeitschrift der Savigny-Stiftung Für Rechtsgeschichte, R.A. 80 (1963) pp. 396 y ss.

54 Un comentario crítico en relación a la ampliación de la idea de interdicción de enriquecimientos injustificados por parte del iusnaturalismo puede encontrarse en el prólogo de Pantaleon F. a la monografía de Basozabal Arrue *op. cit*.

55 Diez-Picazo L., *op. cit*. pp. 86-88 cita observaciones interesantes sobre las aportaciones de Windscheid y de Franz von Kübel.

Abstract

Many civil-law systems contain provisions relating to unjustified enrichment: as in the BGB, the Civil Code of the Netherlands, the Swiss Code of Obligations, the Austrian Civil Code, and the Italian Civil Code after 1942; as well as the Portuguese and Greek civil codes; some Latin-American codes such as the federal Mexican one, and the Cuban one of 1987. In the Spanish and French law, the provision is a jurisprudential creation (except that in Navarre there is specific regional legislation dealing with the issue). In Roman law, the abstract formula of the *condictio* allowed a great variety of claims. I analyse a text of the Institutes of Gaius, 2,79 and D. 46,3,66, a complicated text of Pomponius *ad Plautium* that has given rise to diverse interpretations.

PRINCIPIOS DE GOBIERNO *AD SPECULA PRINCIPIS* EN LAS NOVELAS DE JUSTINIANO

Rosalía Rodríguez López*

1. Significación política del tratado de *Agapetus*

Los *Especula principis* constituyen un género de literatura política, "espejos de los Príncipes", de raíces greco-latinas[1], y que siglos después, durante la Edad Media y el Renacimiento serán muy difundidos a modo de manuales para el buen gobierno[2]. Éstos ofrecen a los gobernantes un marco de referencia para el buen ejercicio del poder. La tradición de este género retórico la encontramos tanto en el *Tratado a Nicocles de Isócrates* (s. IV a.C.), como en *Sobre las acciones del Emperador, o sobre la realeza*, (s. IV d.C.) escrito por el emperador Juliano el apóstata, y tiene como destinatario a Constancio; además de *Al Emperador, sobre la realeza*, redactada por el obispo Sinesio de Cirene y dirigida a Arcadio (s. V d.C.).

Ya en el s. VI d.C. la Ekthesis de Agapito fue una obra de gran repercusión política, que contenía setenta y dos consejos para el asesoramiento de Justiniano[3]. La fecha de redacción de la obra ha sido muy discutida, e incluso se ha barajado que fuese realizada para la coronación del Emperador, pero publicada tras la muerte de Teodora; de aquí que se pueda sostener que los Capítulos fuesen escritos entre el 527 y 548 d.C.[4]. Respecto al carácter de estos capítulos, literalmente han de entenderse con una finalidad más de advertencia que amonestación de una conducta equivocada, o expresado de manera más

1 Al respecto, Carile, A., "Ricchezza e povertà negli 'specula principum' bizantini dal VI al X secolo", *Specula principum*, Frankfurt 1999, pp. 1-20. O'Meara, D.J., *Platonopolis. Platonic Political Philosophy in Late Antiquity*, Oxford/New/York 2003, pp. 159 ss. Toste, M., *Virtue and the City The Virtues of the Ruler and the Citizen in the Medieval Reception of Aristotle's Politics*, Turnhout 2007.

2 Quaglioni, D., *Il modello del principe cristiano Gli specula principum fra medio evo e prima età moderna*, Florencia 1987; AAVV., *Mirrors for Princes*, Saarbrücken 2010.

3 Henry, P., "A Mirror for Justinian: The Ekthesis of Agapetus Diaconus", *Greek, Roman and Byzantine Studies* 8 (1967) pp. 281-308.

4 Dragon, G., "Lawful Society and Legitimate Power", *Law and Society in Byzantium Ninth – Twelfth Centuries*, Washington 1994, p. 31 n.17; Para Beneyto Pérez, J., *Historia de las doctrinas políticas*, Madrid 1948, p. 61, el libro se redactó en el 527 d.C. con ocasión de la entronización de Justiniano.

* Profesora, Derecho Romano, Universidad de Almería.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 801-813

"políticamente correcta", su carácter es señalizador[5]; las autoridades eclesiásticas tenían muy presente que el Poder político había establecido una cosmología cristiana, conforme a la cual la sociedad y los espacios se concebían en el marco de la confrontación entre cristianos ortodoxos y herejes[6]. Por ello en la dedicatoria de la obra el autor se dirigió al destinatario de la misma con el respeto debido a la autoridad imperial, y para ello usa los adjetivos "sacratísimo" y "piadoso"; sin embargo, a lo largo del Tratado se refiere al Emperador en segunda persona, quizás por la confianza adquirida en el tiempo en el que fue tutor de Justiniano[7]. Agapito, diácono de la magna y santísima Iglesia de Dios, se autodefinió en estos capítulos admonitorios como "el más pequeño diácono"[8]. Además, el autor reflejó en estos capítulos la postura de la Iglesia "contestataria" frente a la institución imperial, que venía, desde tiempos de Constantino, cuestionando y desautorizando a los emperadores en tanto éstos se identificaban con expresiones tales como "casi obispo", "imitador de Cristo", entre otras[9]; la Iglesia en sus denuncias sobre las "usurpaciones de santidad" ponía su blanco de críticas en los aduladores, que con sus extravagancias atribuían al Emperador lo que sólo correspondía a Cristo[10], y subrayaban la necesidad de que las alabanzas se refiriesen a los asunto propios de la autoridad civil: preocupación por sus súbditos, gobierno interior y exterior, victorias militares y urbanismo ciudadano[11]. Queda claro en los *Specula* protobizantinos y bizantinos que el *Basileus* se situaba como un vicario de Cristo que servía a los hijos de Dios[12].

5 Soto Ayala, R.A., "Isócrates y los 'espejos de príncipe' bizantinos", *Byzantion ne hellás* 30 (2011) p. 132, advierte que el género de los "Espejos de príncipe" no es prudente homologarlo con el género de los Tratados Políticos, ya que en los *Specula* no es su objetivo la exposición de una teoría política, aunque puede contenerla de manera implícita o explícita; así pues los *Specula* son más retóricos que políticos, se desarrollan más en el campo práctico que en el puramente teórico.

6 Marín Conesa, R., "Cristianismo y aculturación en la política de Justiniano (según Procopio de Cesarea)", *Antigüedad y Cristianismo VII*, Murcia 1990, p. 547, señala que el monoteísmo cristiano es centralista, y tiende a la uniformidad ideológica, y consiguientemente a la imposición de modelos culturales, frente a la hetereogenidad cultural del paganismo y de las ideosincrasias locales.

7 Soto A.R., Yáñez R.E., *El arte del buen gobierno. Agapito diácono, exposición de capítulos admonitorios.* Santiago de Chile, 2006, p. 18, subrayan que a diferencia de los encomios, en los Espejos de príncipes el autor, en base a su relación personal con el principe a quien se dirige, podía permitirse darle consejos y hacerle advertencias.

8 Torre, C., "*Regium vitium*: Martino di Braga sui rischi del potere (*Pro repellenda iactantia, item de superbia, exhortatio humilitatis*)", *Futuro* 3 p. 281, escribe que Agapito funda sus capítulos parenéticos, esto es sermones que versaban sobre cuestiones morales, en el oráculo a Sócrates.

9 Dragon, G., *Emperador y sacerdote Estudio sobre el "cesaropapismo" bizantino*, Granada 2007, pp. 225-226.

10 Procop. Arc. 13,12, refiere que la corte de aduladores de Justiniano, entre ellos Triboniano, comentaban que la piedad del Emperador era tal que temían que se fuera volando al cielo: "Una vez, de hecho, Triboniano, que estaba sentado cerca de él, dijo que su mayor temor era que Justiniano algún día por motivo de su piedad fuera llevado al cielo y desapareciera en un carro de fuego. Tal alabanza, si no ironía, como esta la interpretaba conforme a la firme convicción que albergaba en su mente".

11 Esta preocupación de las autoridades eclesiásticas por la imagen puramente civil de la institución imperial, materializada en prácticas de buen gobierno, aún se percibe en el Concilio de Nicea II (787 d.C.), como se puede observar en Mansi, XIII, col. 225 (Mansi, J.D., *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, XIII, Florencia/Venecia 1798).

12 Soto Ayala, R.A., "Isócrates y los 'espejos de príncipe' bizantinos", *Byzantion ne hellás* 30 (2011) p. 132.

Destaca Roberto que se perciben en él influencias del pensamiento griego antiguo, principalmente pitagórico e isocrático, enseñanzas bíblicas y de la doctrina patrística, especialmente de Basilio el Grande y de Gregorio de Nacianzo[13]; y evidentemente también recogió parte del pensamiento político de Cicerón. Pero a grandes líneas se puede afirmar que Agapito abordó en esta obra los mismos temas filosóficos que encontramos en otros Espejos de Príncipe bizantinos, esto es, las cuatro virtudes platónicas (prudencia, fortaleza, templanza y justicia), además de referirse a la virtud, devoción, amor a Dios, austeridad, contención respecto al placer, tristeza, diligencia, dolor, sabiduría, educación, equilibrio, silencio, amistad o prevención frente a los aduladores[14]. Agapito escribió un total de setenta y dos breves capítulos que conforman un acróstico; éstos se redactaron a modo de sentencias con consejos de tipo cristiano, ético y político para el buen gobierno, siendo el cumplimiento de todos y cada uno de ellos imprescindibles para la salud de la *Res publica*. No obstante, muchos de estos principios se muestran de manera reiterada a lo largo de los capítulos, quizá para subrayar su importancia; además, para hacer más visuales los mensajes se utiliza la metáfora, recurriendo, por ejemplo, a la imagen del timonel del barco, del capitan[15], al espejo[16], a la rueda de la fortuna[17], o al oro[18]. Directamente Agapito denominó a Justiniano "verdadero monarca" y le atribuyó las cualidades de la fortaleza ("dominio de los apetitos"), templanza y justicia; con clara influencia ciceroniana[19]; subraya Agapito que, a diferencia de sus antecesores, este Emperador "ha hecho su gobierno más amigable con su dulzura y bondad, venciendo el temor y acercando a la gente. Libera las olas de necesidad y ello provoca el agradecimiento de las gentes. Aquí no se le aconseja, sino que se le alaba por sus méritos"[20].

Ahora bien, los capítulos admonitorios de Agapito no constituyeron un hecho aislado en el panorama sociopolítico de la sexta centuria. La *renovatio*, que impregnó toda la política de gobierno de Justiniano, tuvo como marco una autocracia teocrática con un

13 Roberto, U., "Aspetti della riflessione sul governo misto nel pensiero politico romano da Cicerone all'età di Giustiniano", *Il governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli 2011, pp. 41-42.

14 Soto A.,R., Yáñez R.,E., *El arte del buen gobierno. Agapito diácono, exposición de capítulos admonitorios.* Santiago de Chile, 2006, pp. 23, 26, expresa que la obra de Agapito es, entre los Espejos de Príncipe, un puente entre la Antigüedad y el Medievo.

15 AGAP. cap. 2; 10. Pavon Torrejón, P., "El Eis basilea: Un *speculum principis* del siglo III", *Habis* 28 (1997) pp. 203-204, escribe que la producción de Plutarco, Dión de Prusia, Casio Dión y Filóstrato, aportan un fundamento teórico al discurso, definiendo la imagen del gobernante modélico lleno de virtudes con las que poder llevar a buen puerto la naufragada nave imperial.

16 AGAP. cap. 9; 24. AGAP. cap. 49. Lo que el emperador ordena que se haga a través de la ley, debe antes el mismo hacerlo, a fin de enseñar con sus palabras a la par que con sus acciones. AGAP. cap. 65. Quien se esfuerza por ser un soberano intachable, tiene que protegerse de las difamaciones externas, no cometiendo pecados externos ni ocultos.

17 AGAP. cap. 11.

18 AGAP. cap. 34.

19 AGAP. cap. 18.

20 En AGAP. cap. 52 se subraya que a diferencia de sus antecesores, este emperador ha hecho su gobierno más amigable con su dulzura y bondad, venciendo el temor y acercando a la gente. Libera las olas de necesidad y ello provoca el agradecimiento de las gentes.

completo modelo de Poder absoluto[21]; esta renovación redimensionó los tímidos intentos de regeneración del ejercicio de los cargos públicos, realizados por algunos emperadores entre los siglos IV y V d.C.[22]. La evangelización de los bárbaros y su integración en las estructuras administrativas y políticas, además de estabilizar las fronteras del Imperio, favoreció el proceso de democratización de la cultura tardoantigua[23]. El Emperador, a través de sus más estrechos colaboradores, y de una élite intelectual, que no sólo se concentraba en la metrópoli, sino que vivía y trabajaba en las ciudades de provincias, creó una ideología del poder que se sustentaba en el pasado glorioso de Roma[24]; de este modo, los intelectuales del momento transmitieron en sus escritos esa conexión con la tradición clásica de los *officia*[25], que superó la hasta entonces limitada proyección de las políticas de regeneración político-institucional[26]. En esta línea ideológica, además de los tres primeros capítulos del Tratado militar, existen otros ejemplos muy significativos de esta regeneración pública[27]. Así, en otro Tratado, del primer tercio del s. VI dC., sobre Ciencia política, *Peri Politikes Epistemes*, contenido en seis volúmenes, de los cuales sólo se conservan dos, se citaban extensamente textos clásicos para argumentar la teoría política de la *renovatio*[28]. Señala Dragon que en tal Tratado se proponía que una ley orgánica regulase el nombramiento de los emperadores; una segunda definía el papel del

21 Carile, A., "Political Thought in Byzantium as Seen by 20th Century Historians", *Melammu Symposia* 4 (2004) p. 53.

22 Durante el Bajo imperio se dictan diversas medidas jurídicas, entre otras: CTh. 1,9,1 (359 dC.); CTh. 6,22,1 (321/324 dC.); CTh. 6,22,6 (381 dC.); CTh. 6,27,19 (417 dC.); CTh. 6,29,4 (359 dC.); CTh. 6,30,7 (384 dC.); CTh. 6,30,11 (386 dC.); CTh. 7,1,7 (365 dC.); CTh. 7,20,13 (407/409 dC.); CTh. 8,7,1 (315 dC.); CTh. 8,7,16 (385 dC.); CTh. 9,27,6 (386 dC.); CTh. 12,1,20 (331 dC.); CTh. 12,1,25 (338 dC.).

23 Marín Conesa, R., "Cristianismo y aculturación en la política de Justiniano (según Procopio de Cesarea)", *Antigüedad y Cristianismo VII*, Murcia 1990, p. 544.

24 Maas, M., *John Lydus and the Roman Past. Antiquarianism and Politics in the Age of Justinian*, London/New York 1992, pp. 7 ss., profundiza sobre el complejo posicionamiento de estas élites, ancladas en sus privilegios, bien formadas, ocupando altos cargos en la Administración, fieles a una tradición socio-política, y con un vasto dominio de la cultura antigua; ellos, de un lado comparten esta *renovatio imperii*, y de otra critican ciertos comportamientos tiránicos de Justiniano.

25 Al respecto Dragon, G., "Lawful Society and Legitimate Power: Ἔννομος πολιτεία ἔννομος ἀρχή", *Law and Society in Byzantium. Ninth – Twelfth Centuries*, Washington 1994, p. 32, escribe: "I would not search for a political ideology in these Mirrors or maxims, that is, for a system which may have existed in their Hellenistic models. As it developed in Rome and Byzantium, the genre is more akin to the spiritual exercises made fashionable by the Stoics. Rather than being an independent theoretical reflection on the nature of power, subject his thinking and sensitivity to moral experience, and lead the sovereign by means of memorizable maxims and incantatory formulas toward a *meditatio* of himself … the purpose of such works was precisely to provide a cure for the inevitable diseases of absolute power, not by the transformation of the political system but by an intimate 'conversion' of the prince".

26 Sobre el funcionariado, y las medidas jurídicas para el correcto ejercicio de los cargos públicos durante el Bajo Imperio, véase Pedersen, F.D., "On Professional Qualifications for Public Posts in Late Antiquity", *Classica et medievalia* 31 (1970) pp. 161-213; Giardina, A., *Aspetti della burocrazia nel basso impero*, Roma 1977.

27 Al respecto, véase Iorga, N., *Histoire de la vie byzantine empire et civilisation d'après les sources illustrées para les monnaies. I. L'Empire oecuménique (527-641)*, Paris 1934, pp. 180-181.

28 Πολῖτεία de Platón, o *De re publica* de Cicerón.

Senado y el status de los senadores; una tercera regulaba la entronización de los Obispos; una cuarta controlaba la asignación de cargos y de dignidades; y una quinta aseguraba la eficacia y estabilidad de la ley. Probablemente con este Tratado político se trataba de contrarrestar o prevenir la transformación del Senado en una aristocracia de corte y el fortalecimiento de la omnipotencia imperial. Los jueces debían juzgar conforme a la ley o la costumbre. Y lo que es más importante, no se pretendía limitar el poder absoluto por reglas constitucionales, sino disciplinar la violencia[29]. Pedro 'El Patricio' fue autor de varias obras que no se han conservado: *Perí Politikés Katastáseos*, que trataba sobre asuntos de Administración, y de una obra sobre el cargo de *magister officiorum*, entre otras[30]. De gran importancia fue, igualmente, la obra de Juan Lido, *De magistratibus*, quien buscó una reconciliación entre los origenes republicanos de libertad romana y la consolidación del poder bajo los emperadores, con referencia al sometimiento del soberano a la ley (legalidad del título del emperador romano)[31]. Sin embargo, este sesgo hacia el legalismo fue, según Lido, pronto obstaculizado por las innovaciones de Justiniano. Ahora bien, la principal innovación justinianea fue la particular concepción de *scientia iuris*, en base a la cual, para la realización de su programa gubernativo, Justiniano retenía indispensable proceder con una organización radicada en la juridicidad[32]. Además, el hecho de ser el Emperador un perfecto conocedor de la teología de su tiempo, como subraya Gónzalez Fernández[33], favoreció el que tomara un gran protagonismo en este ámbito; de ahí sus escritos teológicos y eclesiásticos, y la gran cantidad de constituciones de contenido religioso.

2. Prefacios y epílogos de las nuevas constituciones de Justiniano *ad specula principis*

Los juristas encargados de la redacción de las Novelas de Justiniano fueron muy conscientes de la importancia política del lenguaje, y por ello desplegaron la maquinaria imperial a efectos de cumplir unos fines propagandísticos muy definidos; así, el Poder público debía afanarse en dar difusión a aquello que había hecho y que iba a realizar, por lo que las políticas públicas desplegaron adecuados sistemas de publicidad. Todas las nuevas constituciones contenían, además de los capítulos propiamente jurídicos, un prefacio y un epílogo que lo contextualizaba, y que fueron aprovechados para adoctrinar al pueblo; así son usuales en las Novelas expresiones tales como "a fin de que todos

29 Dragon, G., *Emperor and Priest. The Imperial Office in Byzantium*, Cambridge 2003, pp. 15-17.

30 Dragon, G., *Emperador y sacerdote Estudio sobre el "cesaropapismo" bizantino*, Granada 2007, p. 85.

31 Pazdernik, C., "Justinianic Ideology and the Power of the Past", *Age of Justinian*, Cambridge 2005, pp. 194-195.

32 Scarcella, A.S., *La legislazione di Leone I*, Milano 1997, p. 481.

33 González, F.R., "La obra legislativa de Justiniano y la cristianización del Cosmos", *Antigüedad y Cristianismo VII*, Murcia 1990, pp. 495-518. Soto, A.R., Yáñez, R.E., *El arte del buen gobierno. Agapito diácono, exposición de capítulos admonitorios*, Santiago de Chile, 2006, p. 29, subraya que Justiniano tenía también una brillante carrera militar y formación en política y Derecho.

nuestros súbditos conozcan cuanto nos cuidamos de ellos"[34], o bien, "a fin de que para nadie pase desapercibida la determinación hallada por nuestra serenidad así en interés del Fisco, como también en pro de la indemnidad de los súbditos"[35]. La producción científica de las élites sociopolíticas y de su corte, así como el deseo de Justino I de que su sobrino adquiriese la cuidada preparación intelectual de un gran "Príncipe", fueron el contexto preciso que se necesitaba para marcar unos principios de gobierno en la legislación justinianea. Así, el estudio de los prefacios y de los epílogos de las Novelas de Justiniano revelan las líneas programáticas y filosóficas de actuación que el Emperador fijó como emblema de su reinado, por lo menos en el intervalo de tiempo que transcurrió desde el 534 al 565 d.C.; periodo en el que se redactaron las Novelas. En todo momento estos principios nos recuerdan los *Capítulos admonitorios* que Agapito dirigió años atrás a Justiniano.

Ahora bien, todos los principios pueden resumirse en uno solo, la preocupación imperial por el buen funcionamiento de la *Res publica*, y que quedaba formulado con la siguiente expresión: "Ocupados nosotros en todos los cuidados de la República"[36], lo que conecta con el consejo dado por Agapito al reflexionar sobre cómo la gravedad de las faltas de un gobernante afectan al conjunto de la *Res publica*; por ello el diácono incidió sobre la responsabilidad en el ejercicio del poder político y el cuidado que se ha de prestar a los súbditos[37]. Ciertamente el Emperador expresó en diversas constituciones que tenía gran cuidado de todas las cosas, a fin de que se hallasen del mejor modo, y no se dejase nada en que se delinquiera, con el propósito de que se preservase la salud de los súbditos[38]; y en esta línea también era importante atender a las reclamaciones de los súbditos, que le daban ocasión para escribir leyes para el bienestar de los súbditos[39] – a fin de que nada se hiciese injustamente respecto a ellos[40]. Hacer las cosas que los librasen de toda dificultad, lesión y quebranto, con la finalidad de que con ocasión de litigios y de otras cosas cualesquiera no se vieran obligados a salir de su propia patria, y a sufrir aflicciones como peregrinos. Se ponía así cuidado en la conveniencia pública, en la utilidad de la república, o dicho más claramente, en todo se procuraba por los súbditos. El Emperador subrayaba en sus constituciones que las autoridades públicas debían divulgar a todos lo que por ley había reconocido como bueno para remedio de los hombres y complemento de la naturaleza, porque él anteponía la utilidad de ellos a toda otra ocupación[41]. Además, se insiste en las Novelas que el Emperador velaba buscando remedios para los súbditos, y no cesaba de inquirir si había algo que se hubiese de corregir en la República; insistiendo en que tanto la autoridad imperial como la

34 Nov. 128, epilog.

35 Nov. 149, epilog.

36 Nov. 1, praef. (535).

37 AGAP. cap. 10: "Entonces, di y haz todo con mucho cuidado, como uno, que debe rendir cuentas, cuando ha abandonado sus obligaciones".

38 Nov. 68, epilog.

39 Nov. 98, praef.

40 Nov. 98, epilog.

41 Nov. 74, epilog.

Administración de él dependiente acometían trabajos voluntarios para proporcionarles descanso a los demás[42].

En este punto ya se divisa que el cuidado de los súbditos conectaba inevitablemente con el principio de seguridad[43]; los términos en los que se expresa este principio se pueden concretar, por ejemplo, del siguiente modo: "Con la benevolencia del señor Dios comienza para seguridad de nuestros súbditos la ordenación de los asuntos militares. Porque arreglados estos por providencia de Dios, se refrena ciertamente la incontinencia de los bárbaros, y se fomentan los bienes de la república[44] – por ello soportamos nosotros muchos trabajos; pues se ejercitan y están en la milicia, para que sean útiles a los negocios del común"[45]. La paz fue el principal instrumento propagandístico del Emperador, lo que se reflejó en la literatura política, en los textos literarios y en las fuentes jurídicas de su tiempo. La defensa de la paz fue consustancial a la *renovatio*, y ésta impregnó toda la política de gobierno de Justiniano, redimensionando los tímidos intentos de regeneración del ejercicio de los cargos públicos, realizados por algunos emperadores entre los siglos IV y V d.C. Se potenció el papel pacificador de los monasterios y del clero en territorios aislados, así como el creciente prestigio de las autoridades eclesiásticas, las guerras contra los bárbaros, la actividad agrícola, el floreciente desarrollo del nuevo modelo de ciudad y de las obras públicas básicas, la adaptación de las instituciones jurídicas a las situaciones locales y el fomento del acceso a la función pública de los mejor formados, entre otros. Otra cuestión que se cuidó mucho en las Novelas fue la relativa a la paz social entre ciudadanos y ciudades, indicándose a los poderes públicos que proveyeran a fin de que ninguna población de las ciudades promoviera sediciones contra otras, sino que las ciudades de Dios tuviesen entera paz, porque también en ellas se les conservaba a los súbditos la equidad, y ni por causa de lucro, ni de pasión alguna se favoreciese a ninguna de las partes, y en otra disposición jurídica también se les instaba a que evitasen a los provinciales "promoverse recíprocamente molestias, y hacerse guerras intestinas en medio de paz tan completa"[46].

Para Agapito un buen gobernante debía de conocerse a sí mismo[47] y al mundo que le rodeaba[48], lo que se refleja en el tenor de algunas constituciones: "Nos acontece que pasamos en grandes lucubraciones y reflexiones todos los días y las noches, queriendo siempre hacerles nosotros a los contribuyentes alguna concesión útil y grata para Dios; y no en vano pasamos las vigilias, sino que las empleamos en tales designios, pasando

42 Nov. 114, praef.

43 AGAP. cap. 47: "La benevolencia y la justicia regalan seguridad, y no necesita sospechar de nadie"; AGAP. cap. 62: "El Emperador debe … ofrecerle con esmero a los suyos seguridad".

44 AGAP. cap. 62: "El Emperador debe de pedir ayuda al cielo para vencer a sus enemigos y ofrecerle con esmero a los suyos seguridad".

45 Nov. 116, praef.

46 Nov. 36, praef.

47 Sobre estas reflexiones AGAP. cap. 3 se centra en la naturaleza humana del Emperador; este capítulo lo dedica enteramente, sin referencias personales, a la necesidad divina de que el hombre se conozca a sí mismo, que es la manera de llegar al conocimiento de la divinidad, para finalmente parecerse a él en dignidad.

48 AGAP. Cap. 26: "El esfuerzo del Emperador por tener todo bajo su mirada permite el mejor proceder en su buen gobierno".

con ellos las noches y utilizando las noches al igual que los días, a fin de que nuestros súbditos descansen con todo sosiego libres de cuidados, echando nosotros sobre nosotros mismos el pensar por todos. Porque discurrimos con toda diligencia y con minuciosa investigación, deseando hacer lo que produciéndoles utilidad a nuestros súbditos los libre de toda carga y de todo daño sin justificación"[49], "porque con completo estudio, vigilancia, y consideración al señor Dios hemos imaginado estas disposiciones y se las hemos dado a nuestros súbditos"[50].

Justiniano necesitaba renovar las élites que no le eran muy afectas, y que a través de su paganismo, explícito o larvado[51], y de su dominio de los ambientes intelectuales, trataban de minar el poder imperial; así, para conservar el mundo clásico y sus valores socio-políticos, diseñó un programa de renovación para los puestos de gestión que pudiese, en la medida que los nuevos tiempos lo permitían, hacer aplicable la *veneranda vetustatis auctoritas*[52]; de ahí que, como indica Vallejo, se hiciese una selección absolutamente consciente de aquellos elementos que interesaba preservar del pasado clásico[53]; y esta política de no ruptura se manifiesta en algunos de los prefacios de las Novelas, expresándose en términos tales como los siguientes: "No será de buen gobierno innovar o dividir sin alguna causa razonable lo que bien y de antiguo se halla compacto y unido y en su propia eficacia armonizado"[54]. "Siempre abrigamos la única intención de espurgar todo lo que antes parecía imperfecto o confuso, y de imperfecto declararlo perfecto. Y haciendo esto en toda la legislación …"[55].

Por lo que se refiere a Dios y a la Iglesia, señala Marín Conesa que la nueva visión sacerdotal de la monarquía la responsabilizaba de la salvación espiritual de sus súbditos[56]; y yo añadiría de la honestidad de sacerdotes y de toda la jerarquía eclesiástica, como se refleja en las Novelas[57]. Así, con el fin de fortalecer la alianza con el fuerte poder eclesiás-

49 Nov. 8, praef.

50 Nov. 15, epilog. AGAP. cap. 25: "Reflexiona sin precipitación … benignísimo rey, a través de un muy bien pensado consejo y permanente oración descubras lo que es útil al mundo".

51 C. 1,11,10: "Pero mandamos que, los que con pretexto de tener algún cargo militar, o una dignidad o un patrimonio, se acercaron o se hayan de acercar a recibir ciertamente con hipocresía el saludable bautismo, dejando, sin embargo, a sus esposas, hijos, o a los demás que pertenecen a su misma familia, en el error de los paganos, sean castigados con la confiscación, y privados por completo de nuestra ciudadanía, y sometidos además a las penas correspondientes, como quiera que así hayan manifestado no haber recibido el santo bautismo con fe sincera".

52 Expresión empleada en Nov. 23,3, praef.

53 Vallejo, G.M., "Tradiciones y pervivencias paganas en el Imperio Bizantino: El posicionamiento de Justiniano", *Antigüedad y Cristianismo* XV, Murcia 1997, pp. 219-220. Una visión muy crítica de la labor política de Justiniano se realiza por signes Codoñer, J., "Bizancio y sus circunstancias: La evolución de la ideología imperial en contacto con las culturas de su entorno", *Minerva* 14 (2000) pp. 129-175, y subraya que los cambios operados por el Emperador fueron ocultados mediante una cuidada propaganda que apelaba a las tradiciones del Imperio.

54 Nov. 28, praef.

55 Nov. 7, praef.

56 Marín Cones A,R., "Cristianismo y aculturación en la política de Justiniano (según Procopio de Cesarea)", *Antigüedad y Cristianismo VII*, Murcia 1990, p. 546.

57 Nov. 6, praef.: "Y por esto nada será de tanto estudio para los emperadores como la honestidad de los sacerdotes, porque ciertamente que también por los emperadores suplican siempre éstos a Dios.

tico las disposiciones jurídicas sostenían que la paz de la República romana se cimentaba en la oración y devoción religiosa. La visión del Príncipe como espejo de virtudes pasaba irremediablemente por el modelo ideal de gobernante cristiano; su reconocimiento como pecador lo asemejaba al resto de sus súbditos, y lo hacía más humano, tal y como se refleja en Nov. 141, praef.: "Verdaderamente necesitamos todos siempre de la humanidad y clemencia de Dios, pero principalmente hoy, que por la multitud de nuestros pecados lo hemos provocado de muchos modos, la ira. Y ciertamente que nos amenazó y mostró lo que merecen nuestros pecados, pero fue clemente y rechazó la ira esperando nuestro arrepentimiento, como el que no quiere nuestra muerte, siendo pecadores, sino nuestra conversión y vida. Por lo cual, no es justo que despreciemos todos los beneficios de la bondad, y de la tolerancia y de la paciencia de Dios clemente, a fin de que con nuestro corazón duro y que no hace penitencia no acumulemos sobre nosotros la ira para el día de la ira, sino para que todos nos abstengamos ciertamente de los malos deseos y acciones, y principalmente los que se consumieron en acción abominable y con razón odiosa para Dios e impía[58]. El Emperador reconocía en las Novelas que debía el trono y todas sus riquezas a Dios[59], tal y como expresara Agapito[60], y manifestaba practicar la liberalidad[61] y ejercitar la clemencia con sus súbditos, y favorecerlos en general en todo lo posible[62], no sólo por agradecimiento, sino fundamentalmente porque en el último

Porque si el sacerdocio estuviera ciertamente en todo exento de culpa y lleno de confianza en Dios, y el Imperio rigiera recta y competentemente la república a él encomendada, habrá una buena concordancia, que producirá para el género humano todo lo que es útil. Así, pues, nosotros tenemos grandísima solicitud por los verdaderos dogmas de Dios y por la honestidad de los sacerdotes, y creemos que guardándola estos se nos darán por medio de ella los mayores bienes por Dios, y tendremos en firme los que existen, y adquiriremos los que todavía hasta hoy no llegaron. Mas todas las cosas se hacen bien y convenientemente, si a las cosas se les da principio conveniente y grato para Dios. Y creemos que esto habrá de suceder, si se guarda la observancia de las Sagradas reglas, que nos enseñaron los apóstoles justos y dignos de alabanza y de adoración, inspectores y ministros de la palabra de Dios, y que guardaron y explicaron los santos padres".

58 En AGAP. cap. 36 se expresaba que el Emperador no debía reprimir con ira las faltas de los súbditos. En AGAP. cap. 37 se subraya que el soberano en tanto había recibido el poder de Dios debía de imitarlo y ser misericorde.

59 Así, por ejemplo, la Nov. 81, praef.: "Meditando siempre sobre cualquiera cosa que afecta a la utilidad y al ornato de la república, que nos fué confiada por Dios, nos apresuramos a llevarla a efecto".

60 En AGAP. cap. 45. se subrayaba que el emperador debía su soberanía a Dios; de ahí que el exceso de posesiones de las que el Emperador disponía generaba una ilimitada liberalidad, que a los pobres debía dispensar con obras de caridad. En el mismo sentido se expresaba AGAP. cap. 53 al indicar al Emperador que se esforzase en difundir a todos de la misma forma, pues se le exigía tanto como poder tenía. La caridad hacia los pobres haría que Dios le proclamase Señor y con un poder invencible.

61 AGAP. cap. 7 insiste en el tesoro de la caridad frente a la inestable riqueza de los bienes materiales. En AGAP. cap. 38 se afirma que la beneficencia nos acerca a la santidad. Y en AGAP. cap. 60 que la caridad para con los pobres tendrá como recompensa el reino de los cielos. AGAP. cap. 58: "El reino del soberano debe de amurallarse con limosnas y fortificarse con torres de oración". AGAP. cap. 61: "El cetro es obtenido por Dios, y la más grande de las veneraciones será la caridad como un deber".

62 Nov. 11, praef.: "Deseando favorecer de muchos y diversos modos a nuestra patria, en la que primeramente nos concedió Dios venir à este mundo, que él mismo creó".

momento debía rendir cuenta de sus acciones en el juicio final[63]. Por lo que se refiere a la caridad, las Novelas mencionan profusamente este principio, y el Emperador lo consagró como virtud primera, de tal modo que, según se expresa en alguna de las disposiciones jurídicas, tal virtud aparecía no entre muchos, y principalmente en varones oriundos ciertamente de buenos padres, pero que consagraban su vida tanto a las peticiones de los necesitados, como al auxilio imperial en favor de éstos[64]. Justiniano no restringió el concepto de caridad a la atención a los pobres, sino que lo extendió en general a los buenos actos[65]. A Justiniano, aunque sea simplemente por razones fiscales, no le interesaba que hubiese un gran sector de la población improductivo y que estuviese ajeno a las reglas de convivencia social; todo lo contrario necesitaba apoyarse en el pueblo para disminuir el poder de la aristocracia, tal y como se refleja en numerosas leyes que afectan a los ámbitos más variados de la realidad. Como principio viene expresado en la Nov. 91, praef.: … porque lo que es demasiado desigual no nos place mucho"[66], siguiendo así el consejo de Agapito[67].

En las Novelas se hace mención tanto a la clemencia de Dios[68], como a la del Emperador, de la indulgencia hacia los súbditos, y no dejarse llevar por la ira; así, por ejemplo se expresa: "No hay ningún delito de nuestros súbditos tan grande, que no sea remediado por nuestra clemencia. Porque aunque odiando los hechos de aquellos nos movamos por ellos a venganza, sin embargo, contemporizando y amonestando de maneras convenientes a los delincuentes, los volvemos de nuevo a nuestra clemencia, reconciliando la justicia de la ira con razones de benignidad, algo de lo que hace también nuestra presente ley"[69]. De las disposiciones emana la creencia en la educación de los

63 AGAP. cap. 67: "El juicio final será para todos tras la muerte". AGAP. cap. 68: "Siervo de Dios, soberano de todos, ha de tener de aliada a la reflexión, ha de gobernar templadamente y no ser esclavo de sus pasiones, sino la castidad". En AGAP. cap. 8 se expresa que el soberano ha de tener grandeza y garantizar un fácil acceso a los suplicantes, porque también el Emperador está sometido al juicio final de Dios. AGAP. Los cap. 69-72 se refieren enteramente al juicio final; este último (AGAP. cap. 72): "No cedas nunca en tus esfuerzos, invicto soberano … también tú puedas experimentar la dicha del reino eterno. Este reino te lo regala Cristo a ti y a tu esposa, el rey y la reina, y a todos los súbditos, rey por los siglos de los siglos, amén". AGAP. cap. 15: "De todas las expresiones del poderío real la que más adorna al Emperador es el temor al juicio de Dios". AGAP. cap. 44: "En el juicio de Dios el Emperador se verá recompensado por su benevolencia, concédela abundantemente a quienes te la piden". Nov. 55, epilog.: "… Pues todos estarán sujetos al juicio de Dios y à la consiguiente pena, si contra esto hubieren hecho ellos mismos, o permitido que se haga, alguna cosa".

64 Nov. 10, epilog.

65 Nov. 59, praef.: "Es menester que cada obra buena reciba, con el auxilio de Dios, principio de nosotros, o que si a las buenas, que por otros se hicieron, ha seguido alguna corrupción, sea esta corregida por nosotros y reducida a su primitivo estado, de suerte que o con la ejecución o con la corrección de una cosa estudiemos siempre tener participación en los actos buenos".

66 AGAP. cap. 4 complementa el anterior, y apela a la igualdad de todos los hombres, pues aunque pertenezcan a diferentes estamentos sociales, la naturaleza los homogeniza, o dicho en lenguaje eclesiástico, "del barro procedemos". Será el comportamiento recto el que nos dé honor, nobleza.

67 AGAP. cap. 16, expresó que ricos y pobres, "para que ambos tengan salud, se tiene que curar la desigualdad a través de un más y un menos, y para que de este modo quede balanceada".

68 Nov. 122, praef.

69 Nov. 129, praef.

súbditos para que fuesen buenos contribuyentes y ciudadanos[70], lo que también se percibe en los consejos de Agapito[71]. Igualmente Justiniano conectó lo divino con la justicia, tal y como se expresa en Nov. 164, praef.: "Nada hay más grande que Dios y la justicia. Pues sin ellos no se haría nunca nada de lo que es conveniente, principalmente en nuestra República; de ahí que sea lícito imperar con rectitud y llevar a los súbditos a que tengan recto propósito y toda suerte de gratitud. Por lo cual, habiendo recibido también nosotros de Dios y de la justicia el cetro, aunque estemos abrumados con muchos cuidados para que ciertamente los romanos aumenten en virtudes y sucumban vencidos los bárbaros, no escapa, sin embargo, a nuestro cuidado que convenientemente miremos también por los súbditos en lo que privadamente les es útil".

La Administración de justicia en el Imperio desde hacía mucho tiempo era muy deficiente, y con diversas medidas Justiniano trató de solucionar este problema, tal y como se percibe en la siguiente Novela. "Cuidando de la república que por Dios nos fue encomendada, y procurando que nuestros súbditos vivan en plena justicia, nos propusimos este único objetivo desde un principio, que cualquier cosa, que antes era imperfecta y confusa, fuese enmendada y hecha perfecta. Por lo cual, pensando cómo se dejaría indemnes o ilesos tanto al Fisco como a los súbditos, entendimos que esto lo obtendríamos fácilmente, si hiciéramos que, recibiendo los Presidentes de las provincias gratuitamente la magistratura y prestándole caución al Fisco, se sirvieran de aquella en todo recta y legítimamente, y se abstuvieran de toda injusticia, y de lucro torpe y también de otro modo prohibido"[72]. Al igual que Agapito[73], Justiniano ligó la justicia con la humanidad, expresándose en los siguientes términos: "Los más grandes bienes entre los hombres son la justicia y la humanidad, una de las que da a cada cual lo suyo y no desea lo ajeno, y la otra se inclina a la misericordia y libra de grandes deudas a los necesitados. Estas cosas solieron ser ornato del Imperio y fortificarlo, conservar la República, y regir bien la vida humana. Por lo que también nosotros, que hemos recibido de Dios el cetro, tenemos grande empeño en distinguirnos por tales buenos hechos, y siendo útiles a nuestros súbditos, en tener la remuneración de la virtud y de la gloria"[74]. La *renovatio imperii* priorizó una política de capacitación y de apoyo al *curriculum* en todos

70 La justicia se promovió hasta el punto de que se incitaba a los particulares lesionados a que denunciaran las injusticias sufridas (Nov. 130, epilog. (545 d.C.)).

71 AGAP. cap.59: "Ejerce tu reinado en la tierra como lo exige el deber, para que ello sea para ti una guía hacia la gloria celestial … reconocidos por la fama. Ha de demostrar un amor paternal a sus súbditos, y por ello será venerado. Éste, a través de amenazas de castigo evita un falso proceder de ante mano, y le ahorra a sus súbditos la experiencia del castigo". En AGAP. cap. 48 se expresa que el gobernante frente a los súbditos ha de ser equilibradamente dulce y poderoso (temido). AGAP. cap. 63 se recomienda que se tenga compasión tanto con los dignos como con los indignos. En AGAP. cap. 64 se recuerda que perdón con perdón se paga, y también a través de la reconciliación con los súbditos. AGAP. cap. 35: "Sé consciente de que tú gobiernas como soberano, cuando reinas sobre personas que te obedecen por libre voluntad. Todo lo que hagan en contra de su voluntad debe ser rechazado, si llega la ocasión, pero lo que está unido fuertemente con la benevolencia pertenece al gobierno en forma inquebrantable".

72 Nov. 149, praef.

73 AGAP. cap. 40. La dignidad del soberano se fortalece con la equidad y la humanidad, lo que le asemeja a Dios.

74 Nov. 163, praef.

los ámbitos y categorías profesionales para superar una profunda crisis administrativa, provocada por diversos factores: corrupción e ineficacia de la burocracia, conflictos de competencia y de jurisdicción entre los diversos órganos públicos, y malversación en perjuicio de la población, especialmente rural; abusos de las autoridades públicas y desprestigio de los jueces locales. Se trataba de fortalecer las estructuras estatales, de eliminar la corrupción de los órganos burocráticos a nivel local y de reducir los órganos de gobierno, simplificando la jerarquía y la burocracia, y abaratando el coste de la justicia, a la par que se establecía el principio de adaptabilidad de las instituciones jurídicas a las situaciones locales, suprimiéndose además la venalidad de los cargos públicos. En el prefacio de una Novela se resume perfectamente esta cuestión[75]; con estas medidas el Emperador pretendía que respiraran alguna vez los súbditos, florecieran de nuevo las ciudades, se obtuviese grandísimo aumento de habitantes, y no abandonaran su patria, como alguna cosa terrible, temiendo habitar en ella a causa de la maldad de los jueces; y en última instancia con la mejora de la justicia aspiraba a fortalecer su legitimidad[76].

3. Notas conclusivas

Agapito escribió que "un hombre corriente es malvado cuando comete actos malos y penados, mientras al Emperador le basta para devenir tal con privarse de hacer el bien"[77]. En este contexto, en el que se valoran a los soberanos por principios que van más allá de su formulación teórica, y que requieren en los dirigentes gestos de acción y de compromiso con su pueblo, el apelativo que Procopio plasmó en Historia Secreta, al calificarlo como "Príncipe de los demonios"[78], deviene una acusación excesivamente dura con tintes de alta traición. La educación de Justiniano precisamente dirigida por Agapito, en un momento de renacimiento cultural, parecía ser providencial para dar salida a la encrucijada en la que se encontraba el Imperio en el siglo sexto. Posiblemente la publicación de este Tratado a modo de *Specula*, una vez el Emperador estaba ejerciendo el poder, tuvo un doble efecto: por una parte prevenirlo sobre la necesidad de regirse

75 Nov. 113, praef.: "Queriendo que todo se haga con arreglo a nuestras leyes, y cuidando de que se conserve el vigor de ellas, nos ha parecido escribir la presente ley para la observancia de las mismas leyes. Porque hemos sabido que algunos de los jueces, queriendo causar rodeos a los que defienden sus causas, y procurando ocultar sus propias dilaciones, se excusan frecuentemente diciendo que les han sido insinuadas sacras resoluciones o sacras órdenes o disposiciones de nuestros espectables referendarios, como si dispusieran de qué manera deban ser examinados o juzgados los negocios".

76 El capítulo primero del *Speculum* de Agapito resume en unas líneas las ideas básicas que han de presidir en el gobierno imperial: Es imprescindible que quede claro a los súbditos del Imperio que Justiniano es un Príncipe cristiano, y que ha de mantener firme la causa de la justicia. Respecto a lo primero, el Emperador ha de ser consciente de que su poder emana de Dios, y que ha de rendirle honores. Por lo que se refiere a la justicia ha de defenderla hasta sus últimas consecuencias, quedando además él mismo sometido al imperio de la ley, lo que le otorgará legitimidad frente a su pueblo. AGAP. cap. 2 profundiza sobre la justicia, para mantener la ley y el orden frente a la ilegalidad y a la injusticia.

77 AGAP cap. 66.

78 Procop. Arc. 12,27-34: "Y cuando algunos le preguntaron por qué había actuado así, dicen que declaró claramente que vio al Rey de los Demonios sentado en el trono en palacio, y que procuraría no reunirse más con él o pedirle ningún favor".

por unos principios de buen gobierno, que le habían sido inculcados, y de otra hacer una llamada de atención a la potente aristocracia bizantina sobre el nuevo horizonte político que se abría paso. De este modo se contrarrestaban las iniciativas plasmadas en el Tratado de Ciencia política, *Peri Politikes Epistemes*, en donde se planteaba la necesidad de un gobierno mixto en un Imperio bizantino. Las clases terratenientes querían, pues, consolidarse como grupo de mediación entre el monarca y el pueblo; se requería así un necesario entendimiento entre ambos para limitar la peligrosidad de las masas populares[79]. De ahí que ante esa tensión doctrinal sobre el modelo de Estado, Justiniano expresaran sus constituciones el prototipo de buen Príncipe que salvaría, pese a las críticas de algunos de sus contemporáneos y de gran parte de la historiografía posterior, el Imperio para los sucesivos emperadores ya bizantinos. Evidentemente el lenguaje retórico de las constituciones imperiales dio una impronta propia a los mensajes tópicos de los *Specula*, quedando plasmado en ellas principios de gobierno como la liberalidad, la clemencia, la *renovatio* sin ruptura, la seguridad, el cuidado, la consciencia propia del gobernante, de su poder y de la realidad, la responsabilidad imperial exigida en el juicio final de Dios, la indulgencia frente a los delitos, la lucha contra las desigualdades, la creencia en la educación de los súbditos, entre otros fundamentos de buena gobernanza; y tales disposiciones fueron difundidas con fines propagandísticos a lo largo y ancho del Imperio con la idea de asentar su poder entre unas masas populares a las que trató de liberar de las arbitrariedades de la aristocracia bizantina[80]. Queden, pues, estos prólogos y epílogos de las Novelas de Justiniano como un valioso material de referencia en el estudio de la Historia política de la Antigüedad, o más propiamente protobizantina.

Abstract

Agapetus writes a political treatise on good governance (*speculum principis*); the book is representative of Byzantine political theory on governance and the good ruler. These principles influenced the programmatic and philosophical guidelines for action that the Emperor chose as emblems of his reign, at least after A.D. 534, as is shown by a study of the prefaces and epilogues of Justinian's Novels.

79 Roberto, U., "Aspetti della riflessione sul governo misto nel pensiero politico romano da Cicerone all'età di Giustiniano", *Il governo misto. Ricostruzione di un'idea*, Napoli 2011, p. 35.

80 Sobre los peligros de la corte, AGAP. cap. 12 previene al Emperador de los aduladores y del arte del ladronicio, porque lo separan de lo bueno; es evidente que Agapito está pensando en la corte bizantina. En AGAP. cap. 22 se recomienda al Emperador que reciba a los buenos consejeros, que ven en la verdad algo productivo, y que deseche a los aduladores. En la misma línea en AGAP. cap. 29 se dice que el hombre ha de tratar de tener buenas compañías. Más aún en AGAP. cap. 42 se indica que se de tener cuidado con aquellos que juzgan los acontecimientos políticos por los juegos retóricos del orador, más que el contenido de los hechos. En AGAP. cap. 56 se expresa que el soberano ha de saber distinguir entre el que le honra de corazón y el lisonjero. Frente a los aduladores están los buenos consejeros y así en AGAP. cap. 57, se le anima a seguir los buenos consejos, que han de llevarse a la práctica, pues iluminan el poder del soberano.

AN UMBILICAL CORD TO BE PRESERVED: THE RELATIONSHIP BETWEEN ROMAN LAW AND PUBLIC INTERNATIONAL LAW

C.G. Roelofsen*

1. Introduction

It is fair to warn the reader that there is a strong personal element in this essay. Somewhat to my surprise, as I went on with the tentative project of writing "something on Roman law and public international law" I became involved in a subject that, as I found with the wisdom of hindsight, had played a greater role in my academic life than I had realised. Rereading Laurens Winkel's article in *Fundamina*, a complimentary copy of which I had received from the author on its publication, there was a shock of recognition that I certainly had not felt on my first acquaintance with the text.[1] I recollected that in 1997, I had not been much impressed by Laurens' *cri de coeur* about the doubtful future of the study of Roman law. It is true, it concluded with a more optimistic final sentence, but that seemed to me a case of whistling in the dark. Laurens had a gloomy view of the future of his discipline, far too gloomy in my opinion. At that time as well as in subsequent years, I did not share Laurens' concerns about the "un-historic tendency" of Dworkin and Anglo-Saxon legal theory in general. Nor did I wonder whether "the study of Roman law following the same course as the study of Babylonian law would [become] only the work of a small specialised group of scholars". I was more confident, setting store by hopeful signs such as the movement towards an integration of private law in the European context, which invoked the tradition of the *ius commune*. Roman law in that context was recognised as being indeed, in Laurens' words, "one of the roots of Western civilization". The series of studies published with the cooperation of well-known civilians heralded, in my opinion, a return to the Roman law tradition.[2] I also read with much appreciation in Zimmermann's introduction to his great book that "the

1 Winkel "The role of general principles in Roman law" 1996 *Fundamina* 103 ff., 119.

2 Hartkamp *Towards a European Civil Code* (first ed. 1994).

* Professor of History of the Law of Nations (Retired), Utrecht University.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 814-824

'European' *ius commune* and the 'English' common law were (and are) not really so radically distinct as is often suggested".[3]

Trying then and now to understand Laurens Winkel's pessimism, I noticed in particular the weakening position of Roman law in the Dutch academic curriculum; in the nineteen-nineties it was indeed a far cry from the time I had my first real encounter with law studies in 1963. To avoid a misunderstanding, I have to explain the indirect fashion in which I made my first acquaintance with Roman law. At Groningen I continued to study history after obtaining my Bachelor's degree at Utrecht University. As a student, I never heard a law lecture. Of course, this proved regrettable, and a rather curious preparation for a career of some forty years as a teacher at the Utrecht Law Faculty. At least, in my new environment, starting as a freshman at my fraternity, I acquired a certain interest in Roman law through conversations with my comrades, many of them law freshmen. They were fascinated by their remarkable professor, H.J. Scheltema. He was a poet of some renown, a practical joker and a public figure in Groningen, as well as an outstanding scholar. His lectures, remarkable performances in themselves, offered a general introduction to law, notably Dutch private law, on the basis of a schematic presentation of Roman law, rather than a course of Roman law as such.[4] This was in accordance with the traditional preparatory function of Roman law at Dutch universities. It implied a strict division between research and teaching. As Feenstra remarks, the systematic pandectist view of Roman law that Scheltema gave his students is a nineteenth-century construction, conflicting with current research and itself an object of historical research, rather than an introduction to the history of Roman law.[5] Scheltema's epoch-making research in Byzantine law did not feature at all in his general course and was unknown to his undergraduate students. His successors at Groningen, following his example, persisted in the pragmatic use of Roman law as a general introduction.

As regards the strong position of Roman law in the curriculum, things were not much different at Utrecht University when I started my career in 1967. I found in place a legal history department of considerable dimensions. Indeed, at that time it had slightly more staff than the departments of public international law and EU law together. As the assistant to Ms. J.K. Oudendijk, then professor of the history of international law,[6] I found myself included in the department of public international law, in an anomalous position according to the legal historians, but one I came to appreciate as I witnessed the decline of Roman law in the Utrecht curriculum, and a consequent drastic reduction of the staff allotted to the teaching of legal history. This certainly did not reflect the scientific output of the legal historians.[7] It was, rather, the outcome of a general shift in the organisation of teaching that was taking place at all Dutch law faculties. Far stricter time slots were

3 Zimmermann *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1996) xi.

4 Feenstra "Herdenking van Herman Jan Scheltema" 1984 *Jaarboek KNAW* 192-199.

5 Feenstra (n. 4) 197.

6 A chair established in honour of the major historical studies of J.H.W. Verzijl, Professor of Public International Law at Utrecht University (1919-1958).

7 Spruit was the editor of the Dutch translation of the *Corpus juris* (completed 2012), an enormous enterprise that met with a national and international response. Van den Bergh published a seminal study, *Die holländische elegante Schule* (2002).

introduced, notably at the expense of the introductory course in Roman law. In Utrecht and elsewhere in the Netherlands, Roman law is no longer an obligatory subject, even for civil-law students.[8] This is not just a Dutch story. In France and Germany, the picture seems not much different. I can no longer cherish my optimism about a new European role for the *ius commune*.[9] Once the consciousness of a common tradition has been lost, it seems that the necessary convergence between European legal systems will be hard to achieve. As a teacher of modern public international law as well as of its history, I regretted students' general ignorance of the basic notions of Roman law. With some ten years' delay, as I recently realised, I had come to understand and to a great extent to share Laurens' mood of 1996, though as an internationalist my perspective may be less gloomy than his. In this essay then, I propose to sketch the past relationship between Roman law and public international law and to offer my view of the future of that relationship.

2. The history of the relationship between Roman law and public international law: Grotius and Lauterpacht

At the outset, a brief exposition of the author's position in the current argument on the origins of public international law will be useful. It is a subject on which controversies still abound. Much depends here on the definition of "public international law". If we reserve the use of this term to a normative system between sovereign states, not based on common religious or cultural bonds, the definition excludes Islamic, Indian and Chinese "international systems" as well as the medieval *Respublica Christiana*. Neither the *ius gentium* of antiquity nor the customary norms elaborated in the Carolingian Empire for communication with outside powers can qualify as normative systems between equal partners.[10] In our opinion, it is therefore the *Ius publicum europaeum* (*Le droit publique de l'Europe*) of the seventeenth century that first fulfils the criteria of a recognisable and acknowledged legal system. The term is notably in evidence at the Peace of Utrecht (1713). More or less in agreement with Kintzinger, we would prefer a "gestation period" from the 1400s onwards.[11] Public international law was certainly not an Athena springing from Zeus' head but the fruit of a long gestation period. The definition outlined here is frankly Eurocentric in denying to non-European regional systems a significant role in the genesis of public international law.[12]

8 Interestingly, at Groningen Roman law maintained a stronger position.

9 Wieacker *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967).

10 Kintzinger "From the late Middle Ages to the Peace of Westphalia" in Fassbender & Peters (eds.) *The Oxford Handbook of the History of International Law* (2012) 607 ff. Cf. Steiger *Die Ordnung der Welt* (2010) 19; Baldus *Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft. Zur Rezeptionsfähigkeit römischen Rechtsdenkens* (1998) 739, 749.

11 Kintzinger (n. 10) 620; Roelofsen "De periode 1450-1712" in Eyffinger (ed.) *Compendium Volkenrechtsgeschiedenis* (1991) 43 f.

12 A critical view in Lorca "Eurocentrism in the history of international law" in *The Oxford Handbook of the History of International Law* (n. 10) 1034 f.

Roughly from the fifteenth century onwards we can observe various regimes of an "international" character in operation between European political entities. One such was the *Law of Arms*. The contents of this "law of armed conflict" owed less to Roman practice and notions like *postliminium*[13] than to the code of chivalry of European knighthood and Church doctrine. But since "the Church lived according to Roman law" and disputes under the "law of arms" were adjudicated by courts such as the Parliament of Paris, Roman law, that is essentially Roman private law, came to exercise a considerable influence.[14] This is also true in the case of the *lex maritima* administered by admiralty courts. Customary law, national ordinances and treaties constituted the main ingredients of substantive law, but the interpretation of these rules was in the hands of civilians, lawyers trained in Roman law. They set store by Roman precedents such as the principles of contraband in Paulus' *Sententiae*.[15] It is not a coincidence that civilians, not common lawyers, advised the English Crown on international affairs and administered prize law in the English Court of Admiralty, as their counterparts did in France and the Netherlands.[16]

It is not by accident either that to illustrate the evolution of the relationship between Roman law and nascent international law I choose a maritime case from the early seventeenth century. In 1606, some Pomeranian merchants were despoiled by a Dutch privateer, turned pirate. As an international case, this started in 1609 with the complaint to the States-General by the Duke of Pomerania, protesting against the treatment of his subjects, neutrals in the Spanish-Dutch War.[17] The Stettin merchants, or rather the law faculties of some German universities, in *consilia* on their behalf, based their argument on the *lex Aquilia*.[18] According to their construction of the case, the captain of the vessel, having received a commission from the States-General, was their "agent". Since he had committed robbery, he was obviously not a reliable person. Consequently, there was *culpa in eligendo*, fault by a negligent choice, not by *dolus*, by a wrongful action; since it was not in dispute between the parties that Dutch privateers were instructed to respect neutral property at sea. Against this, the Advocate-Fiscal of the Amsterdam Admiralty representing the States-General in the trial before the Supreme Council of Holland and Zealand at the Hague pointed out, as a subsidiary argument, that the *lex Aquilia* was not applicable since the captain in question enjoyed a good reputation before he turned

13 D. 49,15.

14 Roelofsen "International arbitration and courts" in *The Oxford Handbook of the History of International Law* (n. 10) 153 f.

15 D. 39,4,11. Spruit & Bongenaar *Gaius en Paulus* (1984) 170.

16 Wijffels *Qui millies allegatur* (1985). Roelofsen "La relation entre le droit romain et le droit coutumier dans quelques procès de prise devant la Cour de Hollande et le Grand Conseil de Malines" in Idem *Studies in the History of International Law* (1990) 27 ff. On prize law in general, see Verzijl *International Law in Historical Perspective The Law of Maritime Prize* vol. 11 (1992) and Hill "Prize law" in Hattendorf (ed.) *The Oxford Encyclopedia of Maritime History* (2007) 3, 384 f.

17 Roelofsen "State responsibility and jurisdiction: Grotius and an early 17th century case" in Gill & Heere (eds.) *Reflections on Principles and Practice of International Law* (2000) 109 f. The late Professor Feenstra pointed out, after the publication of this essay, that Grotius had been the author of Storm's plea: see R. Feenstra "Die Quasi-Delikte bei Hugo Grotius" in Feenstra *Histoire du droit savant(13e-18e siècle)* (2005) 175 f.

18 D. 9,2,27,11; Zimmermann (n. 3) 16 f., 1121 f.

pirate.[19] The main Dutch argument, however, was the statement that the invocation of the *lex Aquilia*, a law in force between Roman citizens, was not admissible. As the Advocate-Fiscal or rather Grotius, the author of the plea, presented the case: between the parties, the States-General and the Stettin merchants, there was "no legal community of domestic or civilian law, but only a *communio iuris gentium* consisting in natural reason and equity".

According to Grotius, State responsibility did not arise from the action of private persons, even if they were official agents of the State. States would only be liable if they had ordered their agents' action or if they took up the defence of individuals who were at fault and refused to subject their actions to justice.[20] As Grotius argued, the condition imposed on Dutch privateers, namely the constitution of pledges for their behaviour, was stricter than prescribed by customary international requirements, notably as established by French practice. International Law was applicable, not "municipal law, and that not a universal rule, but one introduced as against sailors and some other persons for particular reasons".[21] Reading this attentively we may – indeed we should in my opinion – conclude that Grotius does not refuse a binding character to general norms of Roman law.[22] However, the strict liability of certain categories of persons, notably sailors, introduced by the *lex Aquilia* merely reflected specific conditions existing in Roman society. This criterion should not be applied to the relationship between governments and privateers commissioned by them. A general maxim that States are responsible for the actions of duly commissioned privateers can therefore not be established by the *lex Aquilia*. We have gone into the case in some detail, since it highlights the complexities of the relations between international law and Roman law. Grotius "found", or rather construed a rule on State responsibility out of alleged precedents, both from Dutch history and contemporary practice, and – not surprisingly – this was accepted in a Dutch court.[23] The general concept of responsibility that Grotius found in Roman law, he adapted to cover State responsibility under natural law.

The episode illustrates Grotius' systematic approach. He carefully outlines in the chapter "on damage caused by injury and the obligation arising therefrom" a subject that we would describe as the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. The

19 The Supreme Council had been offered by the States-General as an "impartial" court and accepted by the Duke of Pomerania on behalf of his subjects. Dutch regulations attributed jurisdiction in prize cases to the Admiralty Court, in this case the Amsterdam Admiralty. This had been inculpated by the Pomeranians.

20 This is clearly a reference to *déni de justice*, the base of reprisals. In the affair discussed here, the threat of reprisals against Dutch merchants within the ports of Pomerania was suggested by Duke Philip of Pomerania in his correspondence with the States-General.

21 See Kelsey's translation of *De jure belli ac pacis* (1925) 2 437.

22 This would be *not* because Roman law in itself was binding, but because many Roman legal norms codified universally accepted principles. De Kanter, Van Hettinga, Tromp, Feenstra & Persenaire (eds.) *De iure belli ac pacis* (1625, ed. 1993) Prolegomena (53) 26. A good example is the reference to D. 12,1,32 in Grotius II, 10,2,2: Zimmermann (n. 3) 874, 880.

23 It was indeed Grotius who construed the Dutch case. The late Professor Feenstra proved, after the publication of my essay (n. 17), that the Advocate-Fiscal Storm merely reproduced Grotius' argument. See Grotius' account of the affair II, 17,20,2: De Kanter et al. (n. 22) 432, 433.

comparison with the Draft Articles (*DARSIWA*) of 2001 is instructive. The commentary on *DARSIWA*: "one of the essential conditions for the international responsibility of a State is that the conduct in question is attributable to the State under international law" reads like a transposition of Grotius' "the liability of one for the acts of his servants without fault of his own does not belong to the law of nations, according to which this question has to be settled, but to municipal law".[24] We are not suggesting that *De Iure belli ac pacis* is just a seventeenth-century international-law manual. Haggenmacher's massive study has made a persuasive case against that, placing the book firmly within the context of the scholastic just war theory.[25] In our opinion, this makes the comparison all the more interesting. *DARSIWA* is the product of the International Law Commission's systematic programme of "progressive codification" of international law. It is the result of what we may call a quasi-legislative process in which the International Law Commission and the General Assembly are due to cooperate. That a United Nations organ reproduces a basic rule enunciated in 1625 proves the rule's fundamental and indispensable character. Apparently, general legal principles rooted in Roman law still survive in international law. In part, this is no doubt due to the creative use of Roman law by Grotius and other seventeenth-century lawyers, in contrast to the somewhat mechanistic invocation of the *lex Aquilia* by the German universities that we noticed in the Pomeranian case, which is similar to the indiscriminate use of Roman tags in earlier practice.[26] This is not a matter of mere antiquarianism.[27] Understanding the historic base of contemporary doctrine provides a useful, indeed necessary, introduction to contemporary problems.

The "Pomeranian affair" for instance not only serves to illustrate the concept of state responsibility, it also takes us to a part of maritime law that currently is enjoying a new surge of interest: piracy and the use of force at sea by proxy. Privateering as a means of engaging auxiliary forces may have nominally disappeared in 1856, but its relics remain. It is often overlooked that the granting of commissions to private ship-owners did not vanish at a stroke through the Paris Declaration of 1856. Among the States refusing to become parties to the declaration, the United States expressly protested the abolition of privateering. The American government denounced it as a means of strengthening the traditional maritime powers, notably Great Britain, as against powers such as the United States with a large merchant fleet but a relatively weak navy. However, in 1861, after the Confederate States seceded from the Union, the United States government announced its accession to the Paris Declaration. Great Britain and France refused to accept this as operative during the American civil war. Both belligerents, the United States as well as the Confederate States, consequently retained the right to grant privateering commissions, a legal situation that resulted in the career of the *Alabama*. Indeed, the United States never became a party to the Paris Declaration, and Spain acceded to it only

24 *UN International Law Commission Report of its 53d session (2001) Official Records 56th Session Supplement* No. 10 (A/56/10) Ch. IV 38; Kelsey (n. 21) 437.

25 Haggenmacher *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (1983); Idem "Hugo Grotius" in *The Oxford Handbook of the History of International Law* (n. 10) 1100.

26 Wijffels (n. 16) passim.

27 Zimmermann (n. 3) x; Winkel (n. 1) 119.

as late as 1908.[28] Contemporary piracy, as well as the measures taken to repress it, has given a new topicality to the subject of private and semi-private use of force at sea. An entangled affair like the *Enrica Lexie* may serve to warn us against the bland assumption that UNCLOS 1982 has solved the problems of Grotius' age.[29] Surprisingly, there have even been suggestions in the United States that privateering be resurrected as a means of combating Somali piracy.[30]

One author who would certainly not have been surprised at this conclusion is Lauterpacht. To quote:

> It was Grotius who introduced the conception of fault into this branch of international law. 'That any one' he says, 'without a fault of his own, is bound by the acts of his agents, is not a part of the law of nations.' 'A civil community, like any other community, is not bound by the act of an individual member thereof, without some act of its own, or some omission. This 'fault of his own' lies in *patientia* and *receptus*, namely in the sharing in the crime by 'allowing' or 'receiving'. The principle thus introduced by Grotius into international law was based on the Roman law doctrine of liability as dependent on *culpa*. It is, subject to modifications and exceptions, the foundation of the doctrine of liability in modern systems of private law. There are in international law few examples of both theory and practice following so closely in the footsteps of the founder of international law as in the case of this private law principle of culpability. The opposing theories do not arise before the end of the last century.
>
> The great historical service rendered to international law by the introduction of this principle can only be fairly estimated by considering the state of affairs to which the *culpa* theory was originally opposed. It was directed against the Germanic doctrine of reprisals based on collective responsibility for wrongs done to a State or its subjects by a foreign State or is subjects. There was an element of perpetual strife and anarchy in this reversal of the Roman principle of '*si quid universitati debetur singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent'*, an element so rooted in the habits and usages of Grotius' time that the great lawyer himself was not free from a partial justification of some aspects of this practice. However, it is obvious that by the adoption of the principle of *culpa* he dealt a deathblow to the doctrine of collective responsibility. It is not possible to expatiate here upon the merits of the doctrine introduced by him, but it may be stated with confidence that it became a part not only of the science of international law but also of the practice of governments. It is believed that it corresponds with the conception of States as moral entities accountable for their acts and omissions in proportion to the *mens rea* of their agents, the real addressees of international duties – a conception which must form the foundation of any legal theory of responsibility.[31]

28 The Dutch Criminal Code, reflecting the nineteenth-century situation, still mentions privateering commissions in art. 381.2: piracy is defined among other things as transgressing the conditions set in a privateering commission or carrying commissions of belligerent states in conflict with each other.

29 Sankar "Jurisdictional and immunity issues in the story of Enrica Lexie: A case of shoot and scoot turns around" Blog of the European Journal of International law *www.ejil.talk.org/author* (accessed 12 Feb 2014).

30 Hutchins "Structuring a sustainable letters of Marque Regime: How commissioning privateers can defeat the Somali pirates" 2011 *California Law Review* 819 f.

31 Lauterpacht *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927) 135 f.

Hersch Lauterpacht, a naturalist and an admirer of Grotius, placed himself resolutely in what he called the Grotian tradition.[32] As we have seen, he considered Grotius to have established the conception of fault in the theory of State responsibility. Also, he considered Grotius to be the founder of international law. On neither count can we share his conclusions; at the least, we would have to revise them considerably. If Grotius indeed found occasion to elaborate a theory of State responsibility in the affair of 1609, it was as we have seen not Roman law, but state practice that in the first place helped him to exculpate the States-General.[33] In addition, after about a century of fundamental critical research into the sources of Grotius' ideological and intellectual background, we cannot simply credit Grotius with the creation of the discipline of public international law. In other words, Lauterpacht could anticipate neither a detailed inquiry into the case of the Pomeranian merchants, nor Haggenmacher's painstaking research into the scholastic roots of *De iure belli ac pacis*. What are we then to make of Lauterpacht's conclusion, his impassioned rejection, quoted above, of a theory of State responsibility merely based on State practice, "divorcing legal responsibility from the moral one"? Here we may turn to the recent comment by Iain Scobie in the Oxford Handbook.[34]

Scobie describes Lauterpacht's vision of international society as "founded on the rule of law or, as Koskenniemi puts it, that 'international lawyers, in particular international judges, should rule the world'".[35] The implied criticism here is of course that Lauterpacht overrated the importance of law in international relations and therefore arrived at a rather naïve view of international society. However, in his conclusion Scobie states, "Lauterpacht has an enduring legacy, due to the academic legacy of his writings and their vision of world order, methodological and intellectual perspectives they embody".[36] Indeed, my reference to Lauterpacht confirms Scobie's conclusion. Lauterpacht was the logical choice as the key witness in favour of the close connexion between Roman law and public international law. Lauterpacht's own conclusions leave no doubt as to his argument. A final quote is due:

> There exists a customary rule of international law to the effect that 'general principles of law', 'justice', and 'equity' should, in addition to and apart from custom and treaties, be treated as binding upon international tribunals. These sources, which are shown by the practice of international tribunals to connote legal rules proper and not precepts *ex aequo et bono*, are for the most part, identical with generally recognised rules of private law.[37]

This is still true today, even if the original derivation of such general principles has often been overlaid with case law.[38] However, if Lauterpacht protested as early as 1927

32 Scobie "Hersch Lauterpacht (1897-1960)" in *The Oxford Handbook of the History of International Law* (n. 10) 1179 f.

33 Above (n. 21).

34 Above (n. 32).

35 Above (n. 32) 1180.

36 Above (n. 32) 1182.

37 Above (n. 31) 298 f.

38 A well-known example being the Chorzow (1928) principle "that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of an illegal act", quoted by the International Court of Justice in the *Arrest Warrant Case* (Democratic Republic of the Congo v Belgium) (2000) par. 76.

against the "uncritical iconoclasm in relation to private law manifested by modern positivists", we must suppose that he would have been even more seriously worried in 2014. Presumably, he would have sympathised with Laurens Winkel's pessimistic prognosis of 1997, the point of departure of this essay. He would no doubt still have considered the link between private law, notably Roman law, and public international law, to be essential to the principle of the rule of law.

3. The present: conclusion

Interest in the history of public international law has increased greatly since 1990. The impact of the school of critical legal studies has been considerable. Koskenniemi, Kennedy, Carty and Anghie, to mention a few names, have exercised considerable influence. Their fundamental criticism of the European tradition as well as the surge of studies by non-European scholars has led to an increased interest in the interaction between European powers and non-European entities. The 2012 *Oxford Handbook* reflects these shifts of focus. Closer to the academic concerns of both Laurens Winkel and myself is the resurgence of studies on Grotius. As long-time president of the directorial board of the Foundation Grotiana, Laurens has been actively involved in the development of Grotian studies in the Netherlands as well as – to a considerable degree – globally.

At the same time, as we have already remarked, in the Netherlands during the last twenty years that part of the legal syllabus devoted to legal history has been much reduced, particularly in respect of Roman law. Inevitably, this is reflected in the composition of faculty staff. The career prospects of Romanists have been much reduced and the future of the study of Roman law in the Netherlands, as elsewhere in Europe, is clearly at risk. Laurens' nightmare of Justinian and Hammurabi becoming equally irrelevant to the next generation of lawyers sometimes looks like a realistic forecast. This would be a serious loss, particularly in the global perspective. Roman law is a common element, not only in European national legal traditions but also in many non-European jurisdictions. Among European countries there might be an alternative, particularly among the members of the EU. EU-law and the common jurisprudence of Luxemburg and Strasbourg might yet serve as a basis for a future common civil code, and would at least provide a firm link between the national jurisdictions. The rule of law is firmly anchored in the common EU institutions and the conditions these impose on national legislations. Comparative law would largely take over the role of legal history.[39] In our opinion, in public international law the loss of the common Roman-law tradition would be far more serious.

The results of Baldus' massive comparative study of the functioning of the Roman judge and the International Court of Justice would at first glance seem to contradict this assertion.[40] Baldus concludes after a painstaking analysis that "a reception of Roman ideas will regularly prove to be difficult … and even without any great interest." In the last resort, however, Baldus agrees with Scheltema:[41]

39 Such a comparative-historical approach is for instance to be found in the recent Rotterdam thesis of Tervoort *Het bestuursverbod bij de commanditaire vennootschap* (2013).

40 Baldus (n. 10).

41 Feenstra (n. 4).

> International law should, however, cultivate traditional means of legal reasoning in order to be able to have recourse to them in times of different conditions of reception. The value of Roman law lies in our times in this primarily methodological and didactical perspective … .
>
> One characteristic of Roman private law indicates that it will, in any instance, always serve well especially in international law: its technical concentration on the subjective point of view and its prudent way to consider current 'objective' social rules.[42]

This indeed is grist to my mill. The technical and secular character of Roman law (and therefore of classic public international law) facilitates its reception across religious frontiers.[43] In two decades of teaching mixed classes, often including students with a non-European background, I learned the wisdom of stressing the technical, indeed 'legalistic' approach to the history of public international law. International law in the seventeenth century as well as at present was *not* merely a convenient way of imposing the rule of the strong on the weak. It always included a normative element. This is often best taught by starting from Roman law adages. *Ut res potius valeat quam pereat* is a more useful starting point in discussing the status of Gibraltar as laid down in the Peace of Utrecht in 1713 than referring to the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. Many students had at least some grasp of Roman law, on which a teacher could base the historical and legal exposition of the problems involved in, for instance, title to territory in colonial situations. It is evident that the complete disappearance of a basic acquaintance with Roman law will be a handicap in teaching public international law. An alternative common ground is not available.[44] Consequently, it might become advisable to include an introduction to Roman law in Master's courses in public international law. Let us hope this will not become necessary.

In conclusion, the relationship between Roman law and public international law is not only of academic interest; it is valuable both in teaching and in practice. Here I find myself in agreement with Laurens Winkel in whose Rotterdam classes on the history of international law the Roman-law element is well represented. Roman law and its European tradition indeed appear to me still an indispensable element in public international law as it stands today. International law, according to a classical pun, lacks a legislator, police and a judge. The institutional framework and the imposing corpus of legislative treaties established after 1945 rest on consent. States are still joined in what Hedley Bull called an "anarchical society". In this society deep rifts are evident, some of them between "the West and the rest." Neglecting or abandoning the rule of law, as the cornerstone of the existent international order would not be a viable solution. In Baldus' words, within the present international legal order, Roman law offers an element of flexibility. It would be unwise to abandon a living tradition that still has much to offer. We should therefore preserve the umbilical cord between Roman law and public international law.

42 Baldus (n. 10) 762.

43 Cockayne "Islam and international humanitarian law: From a clash to a conversation between civilizations" 2002 *Revue internationale de la Croix Rouge* 597.

44 Starting from the corpus of human rights is not advisable in a general course on public international law.

Abstract

In the Netherlands and elsewhere the position of Roman law as an integral part of legal studies is now under a serious threat. This is not a matter for civilians only. International lawyers have good reason to be concerned. Public international law is not only in its origins the product of the European Roman law tradition; its development too owes much to imported Roman law principles and institutions. These have not been rendered obsolete by the massive United Nations codifications and the enormous development of international law in the last fifty years. There is no international legislature and therefore no "global constitution". However, a common legal system overarching the material rules is indispensable. Traditionally, this function was fulfilled by Roman law. Because this threatens to disappear from general legal education, it makes sense to strengthen the historical introduction, notably its Roman law component, in the curriculum of future international lawyers. Somewhat to my surprise, this pragmatic conclusion leads me to agree with the conclusion of Professor Baldus' comparative study and to vindicate Laurens Winkel's practice as a teacher of the history of international law.

OSSERVAZIONI SU CICERO II *IN VERREM* 1.155-157

Bernardo Santalucia*

1. Nel primo libro dell'*actio secunda* contro Verre, Cicerone, soffermandosi sulla carriera e le malefatte dell'accusato anteriormente al governo della Sicilia, accenna a un *iudicium publicum* da lui condotto in maniera palesemente iniqua al tempo della sua pretura (74 a.C.)[1]. Era stato tratto in giudizio dinanzi al suo tribunale, per l'inflizione di una multa, Quinto Opimio, tribuno della plebe dell'anno precedente, nominalmente per aver fatto uso dell'*intercessio* in violazione della *lex Cornelia*, ma in realtà per avere detto, durante la sua carica, delle cose che erano risultate poco gradite a "qualche nobile personaggio". La causa era stata trattata con estrema rapidità, in sole tre ore, e Opimio, a seguito dei maneggi dei suoi avversari, aveva subito una pesante condanna, che lo aveva mandato in rovina. Dalla vendita dei suoi beni Verre aveva tratto ampio profitto. Lo scandaloso processo – riferisce Cicerone – suscitò una tale indignazione nell'opinione pubblica che fu avanzata più volte in senato la proposta di abolire completamente quel tipo di multe e di *iudicia.*

La testimonianza, nonostante la sua apparente chiarezza, pone dei problemi sia per quanto riguarda la violazione imputata ad Opimio, sia per ciò che concerne il tipo di persecuzione giudiziaria a cui fu assoggettato.

1 Cic. 2 *Verr.* 1.155: *Atque etiam iudicium in praetura publicum exercuit; non enim praetereundum est ne id quidem. Petita multa est apud istum praetorem a Q. Opimio; qui adductus est in iudicium verbo quod, cum esset tribunus plebis, intercessisset contra legem Corneliam, re vera quod in tribunatu dixisset contra alicuius hominis nobilis voluntatem. De quo iudicio si velim dicere omnia, multi appellandi laedendique sint, id quod mihi non est necesse; tantum dicam, paucos homines, ut levissime appellem, adrogantes hoc adiutore Q. Opimium per ludum et iocum fortunis omnibus evertisse.* 156. *Is mihi etiam queritur quod a nobis IX solis diebus prima actio sui iudici transacta sit, cum apud ipsum tribus horis Q. Opimius, senator populi Romani, bona, fortunas, ornamenta omnia amiserit? Cuius propter indignitatem iudici saepissime est actum in senatu ut genus hoc totum multarum atque eius modi iudiciorum tolleretur. Iam vero in bonis Q. Opimi vendendis quas iste praedas, quam aperte, quam improbe fecerit, longum est dicere hoc dico, nisi vobis id hominum honestissimorum tabulis planum fecero, fingi a me hoc totum temporis causa putatote.*157. *Iam qui ex calamitate senatoris populi Romani, cum praetor iudicio eius praefuisset, spolia domum suam referre et manubias detrahere conatus sit, si ullam ab sese calamitatem poterit deprecari?*

* Dr. Dr. h.c., Professore ordinario di Storia del diritto romano presso l'Università di Firenze.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 825-832

Secondo la dottrina più diffusa, la trasgressione di Opimio sarebbe consistita nell'avere esercitato il diritto di veto in contrasto con una precisa disposizione della *lex Cornelia de tribunicia potestate*, che aveva tolto ai tribuni della plebe il *ius intercedendi*[2]. Si ritiene infatti comunemente che per opera della legge sillana "l'*intercessio tribunorum*, che era stata la grande arma delle lotte sociali e politiche condotte dai tribuni, e che i Gracchi avevano tentato di riportare alle originarie funzioni, venne soppressa come mezzo di invalidazione di un atto di natura generale, e venne ridotta alla semplice *auxilii latio*, che era il potere di intervenire in un caso singolo ed a difesa di un singolo cittadino"[3]. Contravvenendo al disposto legislativo, Opimio avrebbe arbitrariamente fatto uso del diritto di *intercessio*, offrendo così ai suoi avversari il destro per metterlo sotto processo e farlo condannare.

Questa opinione è tuttavia difficile da accettare. Le notizie forniteci dalle fonti non autorizzano a ritenere che Silla abbia abolito l'*intercessio* tribunicia. Al contrario. Cesare, nei commentari *de bello civili*, esplicitamente afferma che il dittatore, pur avendo spogliato i tribuni di ogni prerogativa, aveva lasciato impregiudicato il loro diritto di veto[4]. Ci è inoltre conservato il ricordo di almeno due casi, entrambi di età sillana, nei quali i tribuni fecero uso del *ius intercessionis* senza che nessuno sollevasse obiezioni sulla legittimità del loro operato[5]. Ciò fa assai fondatamente dubitare dell'attendibilità della spiegazione di solito addotta dai moderni studiosi. Il fondamento legale del processo e della condanna di Opimio deve essere cercata altrove.

2. Come si è visto nel paragrafo precedente, Cicerone nel passo delle Verrine non fa alcuna menzione dei fatti in occasione dei quali Opimio fece indebitamente uso dell'*intercessio*, né fa il nome dei nemici del tribuno, che sono da lui genericamente qualificati come "pochi individui pieni di sicumera" (*paucos homines ... adrogantes*). Qualche informazione al riguardo ci è invece offerta da alcuni scolii dello Pseudo Asconio. In essi leggiamo che l'*intercessio* fu esercitata da Opimio per consentire che ai tribuni della plebe fosse riconosciuta la possibilità di ricoprire altre magistrature, e che egli aveva anche parlato in favore di un progetto di legge in tal senso[6]. L'*homo nobilis* che si sarebbe sentito offeso dai discorsi tenuti dal tribuno sarebbe stato Quinto Lutazio

2 Cfr., per tutti, M.C. Alexander, *Trials in the Roman Republic, 149 BC to 50 BC*, Toronto- Buffalo-London 1990, 78: "charge: lex Cornelia de tribunis plebis (*intercessio* contrary to this law)". Anche i moderni commentatori dell'orazione generalmente propendono per tale avviso: da ultimo, T.N. Mitchell, in Cicero, *Verrines II.1*, Warminster 1986, 222.

3 F. De Martino, *Storia della costituzione romana*², III, Napoli 1973, 93. Nello stesso senso i principali biografi di Silla: J. Carcopino, *Silla* (trad. it. A. Rosso Cattabiani), Milano 1979, 55; A. Keaveney, *Silla* (trad. it. K. Gordini), Milano 1985, 170; F. Hinard, *Silla* (trad. it. A.R. Gumina), Roma 1990, 219 s.

4 Caes. *bell. civ.* 1.7.3: *Sullam nudata omnibus rebus tribunicia potestate tamen intercessionem liberam reliquisse* (cfr. anche 1.5.1: *nec tribunis plebis sui periculi deprecandi neque etiam extremi iuris intercessione retinendi, quod L. Sulla reliquerat, facultas tribuitur*).

5 Sall. apd. Gell. 10.20.10 (anno 80); Cic. *pro Clu.* 74 (anno 74: lo stesso del processo di Opimio).

6 Ps. Ascon. 255.11-13 Stangl: *Intercessisset contra legem Corneliam. Ut tribuni pl. aliorum quoque magistratuum capessendorum potestatem haberent. Persuasisse hanc legem dicitur Opimium.*

Catulo, a quel tempo capo riconosciuto della *factio* sillana[7], e i *pauci homines adrogantes* che lo avrebbero fatto mettere sotto processo sarebbero stati lo stesso Catulo e altri due importanti esponenti del partito conservatore, Quinto Ortensio Ortalo e Gaio Scribonio Curione[8].

La testimonianza è degna di considerazione. Come è noto, benchè gli scolii dello Pseudo Asconio alle Verrine siano di contenuto specialmente grammaticale, in qualche caso vi si incontrano delle notizie di carattere storico. Tali notizie, come studi recenti hanno posto in luce[9], sono per la maggior parte desunte dalle stesse orazioni di Cicerone o da altre opere ciceroniane, ma alcune di esse verosimilmente provengono da commentarii di Asconio andati perduti. Ciò rende probabile la supposizione che anche le informazioni sul processo di Opimio sopra riportate siano state tratte da un commentario asconiano alle Verrine a noi non pervenuto. Se così è, non sussiste alcun serio motivo di dubitare della loro affidabilità[10].

Esse, del resto, s'accordano perfettamente con il quadro politico del tempo, caratterizzato da un succedersi di iniziative per far riottenere ai tribuni della plebe tutti i poteri di cui godevano prima di Silla[11]. Il dittatore, secondo una notizia di Appiano, aveva proibito a chi rivestisse il tribunato di candidarsi per le magistrature curuli[12]. Contro tale divieto nel 75 a.C. uno dei consoli, Gaio Aurelio Cotta, nonostante le proteste dei conservatori, propose una legge che consentiva di nuovo l'accesso dei tribuni alle magistrature superiori[13]. Nello stesso anno Opimio era tribuno della plebe. Appare dunque del tutto verosimile che egli fosse, come afferma lo Pseudo Asconio, un sostenitore dell'iniziativa di Cotta, osteggiata da Catulo e dagli altri esponenti *factio* sillana, e che nel quadro dell'aspra lotta politica avesse provocatoriamente sfidato il divieto di *intercessio* posto dalla legge del dittatore esercitando il diritto di veto[14].

Quest'ultima affermazione ha bisogno di un chiarimento. Silla, come abbiamo detto più sopra, non emanò alcun provvedimento di carattere generale inteso a sopprimere il diritto di veto dei tribuni. E' tuttavia probabile che la *lex de tribunicia potestate* fosse provvista, al pari di numerose altre leggi, di misure autoprotettive dirette a garantirne

7 Ps. Ascon. 255.14-15 Stangl: *Contra alicuius hominis nobilis voluntatem. Catulum significat, qui tunc princeps fuit Syllanae factionis.*

8 Ps. Ascon. 255.16-17 Stangl: *Paucos homines, ut levissime dicam, adrogantes. Catulum Hortensium Curionemque significat.*

9 H.W. Benario, *Asconiana*, in *Historia*, 22, 1973, 68 ss., 70. Cfr. ora, in senso analogo, V. Vedaldi Iasbez, *Un silenzio di Macro* (Sall. *Hist.* 3.48.9-11 Maur.), in *MEFRA*, 95, 1983, 144; B.A. Marshall, *A Historical Commentary on Asconius*, Columbia, Missouri 1985, 17 ss.

10 Del tutto ingiustificata la drastica critica di Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht,* II.1, Leipzig 1874, 308 nt. 1 secondo cui "die Scholien … gehen ganz in die Irre". Lo stesso è a dirsi dei rilievi negativi di E. Betti, *La crisi della repubblica e la genesi del principato in Roma*, Roma 1982, 241.

11 Al riguardo E.S. Gruen, *The Last Generation of the Roman Republic*, Berkeley- Los Angeles- London 1974, 24 ss.

12 App. *bell. civ.* 1.100.467; cfr. Ascon. 66.23-67.5 e 78.23-25 Clark.

13 Sall. *hist.* 3.48.8 Maur.; Ascon. 67.1-5 e 78.23-25 Clark.

14 Ampiamente su questo punto Vedaldi Iasbez, *Un silenzio*, cit., 138 ss.

l'osservanza, e in particolare ad impedirne il boicottaggio da parte dei magistrati o di altri soggetti chiamati a darle attuazione[15].

Una delle clausole di autotutela legislativa più frequentemente usate, a quanto può desumersi dai testi epigrafici, era quella con cui si stabiliva che nessuno ostacolasse l'applicazione della legge per mezzo dell'*intercessio*. Nella *lex de provincis praetoriis*, per esempio, si dispone che "contro questa legge nessuno agisca consapevolmente e con dolo, e ognuno faccia ciò che in base a questa legge deve essere fatto; nessuno, consapevolmente e con dolo, cerchi con qualche pretesto di rendere la legge inoperante; nessuno agisca né opponga l'*intercessio* affinché non sia fatto ciò che in base a questa legge deve esser fatto"[16]. Similmente la *lex de Gallia Cisalpina* statuisce che "nessun magistrato … interceda né faccia alcunché allo scopo di impedire che il processo in questione sia instaurato e la causa sia giudicata come stabilito (dalla legge)"[17]. Clausole analoghe, pur senza menzione espressa dell'*intercessio*, si incontrano anche nella *lex repetundarum Tabulae Bembinae*[18], nella *lex Latina Tabulae Bantinae*[19], nella *lex Valeria Aurelia*[20], nonché nello statuto municipale di Irni[21]. Tali clausole si chiudono, di regola, con la comminazione di una multa, che il trasgressore è tenuto a versare *in publicum* (cioè a favore della cassa dello stato)[22].

Ove si tenga conto di ciò, sembra legittimo supporre che Opimio non sia stato tratto in giudizio per avere violato una (fantomatica) disposizione sillana che aveva tolto ai tribuni il diritto di veto, bensì per avere trasgredito al divieto di *intercessio* incluso in una clausola della *lex Cornelia de tribunicia potestate* a salvaguardia dell'osservanza e dell'operatività della stessa[23]. La multa che gli fu inflitta era appunto la sanzione consuetamente prevista a carico dei contravventori in clausole di questo tipo.

15 Cfr. in proposito B. Santalucia, *Le clausole autoprotettive delle leges*, in J.-L. Ferrary (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 115 ss.

16 Delph. bl. C, ll. 15-16: ὑπεναντίον τούτῳ τῷ νομῳ μή τις ποείτω ἄνευ δόλου πονηροῦ ὃσα τέ τινας κατὰ τοῦτον τον νόμον δεῖ ποεῖν ποείτ<ω>. μήτε τις ποείτω ᾧ ο[ὗ]τος ὁ νόμος κατὰ παρεύρεσιν ἀκυρωθῇ ἄνευ δόλου πονηροῦ, μήτε τις ποείτω μήτε ἐπικρινάτω ὦι ἔλασσον ὃσα δεῖ κατὰ τοῦτον τὸν νόμον γένηται.

17 Col. I, ll. 50-52: *neiue quis mag*(*istratus*) *proue mag*(*istratu*)*, neiue quis, pro quo imperio potestateue erit, intercedito neiue quid aliud facito, quo minus d*(*e*) *e*(*a*) *r*(*e*) *ita iudicium detur iudiceturque.*

18 Ll. 69-70: *Quod ex hace lege <iu>dic*[*i*]*um fieri oportebit, quom ex hace lege fieri oportebit, nei quis magistratus proue magistratu proue* [*quo inperio inp*]*ediu*[*nto quo*] *minus setiusue fiat iudiceturue … .*

19 Ll. 7-9: [*…ioudex*] *quei ex hace lege plebeiue scito factus erit senatorue fecerit gesseritue quo ex hace lege* [*quae fieri oportebit minus fiant quaeue e*]*x h*(*ace*) *l*(*ege*) *facere oportuerit oportebitue non fecerit sciens d*(*olo*) *m*(*alo*) *seiue aduorsus hance legem fecerit* [*sc*(*iens*) *d*(*olo*) *m*(*alo*)] ...

20 *Frag. Tud.* l. 5: [*quod quemque ex hac rogatione agere facere opor*]*tet, agito facito neve quid aduersus hanc rog*[*ationem agito facito sciens d*(*olo*) *m*(*alo*)].

21 Cap. 96: *Quod quemque ex h*(*ac*) *l*(*ege*) *facere oportebit, facito, neque aduersus hanc <legem> sciens d*(*olo*) *m*(*alo*) *facito quoue huic legi fraus fiat …*

22 Cfr. per es. *lex de prov. praet.*, Delph. bl. C, ll. 19-24; *lex Lat. Tab. Bant.* ll. 9-12; *lex Val. Aur.*, *Frag. Tud.* ll. 6-7; *lex Irn.* cap. 96.

23 Che Opimio, opponendo l'*intercessio*, abbia violato una clausola di autotutela pensa anche A. Lintott, *The quaestiones de sicariis et veneficis and the Latin Lex Bantina*, in *Hermes*, 106, 1978, 126 s., il quale tuttavia, assai discutibilmente, ritiene che tale clausola fosse apposta a una legge sillana introduttiva di una *quaestio*.

3. Dobbiamo ora domandarci a quale tipo di persecuzione giudiziaria Opimio fu assoggettato. Cicerone, come abbiamo visto, dice che si trattò di un *iudicium publicum.* Argomentando da ciò numerosi autori hanno ipotizzato che il focoso tribuno sia stato giudicato da una *quaestio*[24]. Questa opinione non si appoggia, tuttavia, ad argomenti molto solidi, e contro di essa sono state levate fondate obiezioni[25]. A detta di Cicerone – si è osservato – Opimio fu giudicato da una giuria di poche persone (*pauci homines*), mentre le corti permanenti erano formate di un numero di giudici piuttosto ampio; ancora, l'oratore attesta che la causa fu decisa in poche ore, e ciò mal s'attaglia a un processo dinanzi a una *quaestio*; infine, il fatto che il processo abbia dato luogo in senato a discussioni sull'opportunità di abolire simili giudizi induce a ritenere inverosimile che la trasgressione imputata ad Opimio fosse stata giudicata da uno dei tribunali criminali ordinari. A tutto ciò va aggiunta un' ulteriore circostanza, che appare decisiva, e cioè che nel 74 a.C. Verre era *praetor urbanus* e non pretore-presidente di una corte permanente[26].

Quale fu dunque l'organo giudiziario che si pronunciò sul caso di Opimio?

Abbiamo poc'anzi osservato che molto probabilmente la violazione del tribuno consistè nell'inosservanza del divieto di *intercessio* contenuto in una clausola autoprotettiva della *lex Cornelia de tribunicia potestate.* Se così è, la risposta all'interrogativo che ci siamo posti non può essere data che attraverso l'individuazione del tipo di procedimento che veniva solitamente adottato per la riscossione delle multe previste dalle *leges publicae* quale sanzione della violazione delle clausole autoprotettive in esse contenute.

Al riguardo è preziosa la testimonianza della *lex de provinciis praetoriis*. Sulla base delle informazioni che essa ci offre è possibile ricostruire in modo abbastanza preciso la procedura che veniva seguita nel caso di persecuzione della multa da parte di un privato cittadino[27]. Il procedimento – a quanto apprendiamo dalla parte finale dell'iscrizione di Delfi[28] – si apriva con la citazione del trasgressore dinanzi al tribunale del pretore. Se il trasgressore decideva di resistere all'azione, contestandone il fondamento, il magistrato doveva nominare un collegio di giudici, a cui era deferito il compito di pronunciarsi sull'obbligo di pagare la multa. Come questo collegio fosse composto la copia delfica della legge non consente di stabilire, a causa della lacunosità delle sue ultime righe. Qualche notizia possiamo tuttavia ricavare da un'altra legge a *sanctio* multaticia, la *lex Latina Tabulae Bantinae*: in essa si prevede che quando l'iniziativa della riscossione era

24 G. Pugliese, *Figure processuali ai confini tra "iudicia privata" e "iudicia publica"*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli 1949, 411 (= *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 75); Id., *Il processo civile romano*, II, Milano 1963, 87; W. Kunkel, *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit*, München 1962, 53; Id., s.v. *Quaestio*, in *PWRE*, XXIV, Stuttgart 1963, 723 (= *Kleine Schriften*, Weimar 1974, 36); B. Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren. Eine Studie zum römischen Prozess*, Freiburg Schweiz 1963, 72 e nt. 2; W. Simshäuser, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit in Italien*, München 1973, 175 nt. 43.

25 In particolare da D. Mantovani, *Il problema dell'origine dell'accusa popolare*. *Dalla quaestio unilaterale alla quaestio bilaterale*, Padova 1989, 147 nt. 84.

26 Per tutti R. Habermehl, s.v. *C. Verres* [1], in *PWRE* VIII A.2, Stuttgart 1958, 1569 ss.; T.R.S. Broughton, *The Magistrates of the Roman Republic*, II, New York 1952, 102.

27 Al riguardo, diffusamente, Santalucia, *Le clausole autoprotettive*, cit., 121 ss.

28 Delph. bl. C, ll. 24-30.

assunta da un privato, il pretore, su sua richiesta, doveva nominare dei *recuperatores*[29]. Non è dunque arbitrario inferire che anche il collegio richiamato nella *lex de provinciis praetoriis* fosse un collegio di *recuperatores*. L'ipotesi è avvalorata da un altro squarcio del provvedimento, stavolta trasmessoci, anziché dall'iscrizione di Delfi, dall'iscrizione di Cnido[30]. In esso è contenuta una serie di norme relative alla nomina di un collegio di *recuperatores* e al procedimento di fronte allo stesso: norme che, come è stato giustamente osservato[31], verosimilmente venivano subito dopo quelle che si leggono nella parte finale della copia delfica. In tali circostanze, è difficile sfuggire alla conclusione che la decisione dei processi di cui si parla fosse affidata appunto a questi giudici[32].

Sulla base delle considerazioni che precedono sembra dunque plausibile ritenere che la multa a carico di Opimio sia stata perseguita dinanzi a Verre quale pretore urbano (e non quale presidente di una *quaestio*) e che il processo si sia svolto nelle forme di un *iudicium recuperatorium*.

4. Contro l'ipotesi prospettata potrebbe tuttavia formularsi un'obiezione. Cicerone, nel descrivere il giudizio di cui ci occupiamo, parla esplicitamente di *iudicium publicum*: usa cioè un'espressione normalmente impiegata per designare il processo criminale dinanzi alle corti di giustizia permanenti. Non solo. Il suo resoconto lascia chiaramente intendere che, a somiglianza del pretore-presidente di una *quaestio*, fu lo stesso Verre a presiedere il collegio che giudicò Opimio. La condanna del tribuno, egli dice, ebbe luogo *apud ipsum*; e poco più innanzi, in termini ancora più espliciti, rileva che Opimio fu condannato *cum praetor* (*Verres*) *iudicio ... praefuisset*. Ma anche a prescindere da tali circostanze, il fatto stesso che che la responsabilità della condanna sia dall'oratore imputata personalmente a Verre mostra che questi aveva svolto un ruolo determinante nel giudizio, indirizzando se non addirittura coartando la decisione dei membri del collegio. Tutto ciò può indurre a dubitare che il processo di Opimio si sia svolto effettivamente nelle forme di un giudizio recuperatorio.

La questione è delicata e merita un chiarimento.

Nessuno può contestare che i processi recuperatorii per multa fossero in origine strutturati secondo il modello dei *iudicia privata* formulari[33]: il privato che agiva per il pagamento della multa e il suo avversario, comparsi *in iure*, esprimevano dinanzi

29 Ll. 9-10. A differenza della *lex de provinciis praetoriis*, la *lex Bantina* attribuisce la legittimazione a chiedere il pagamento della multa non solo a qualunque privato cittadino, ma anche a qualunque magistrato (ll. 11-12). Ma la procedura in quest'ultimo caso è diversa. Il magistrato è autorizzato ad esigere la multa direttamente, in forza dei suoi poteri di coercizione (*quei volet magistratus exigito*), o, se intende infliggere una multa di importo superiore alla multa legale, a proporne l'irrogazione all'assemblea popolare (*multam inrogare*). Su tale forma di persecuzione, che non ci riguarda in questo luogo, cfr. Santalucia, *Le clausole autoprotettive*, cit., 120.

30 Cnid. col. V, ll. 14-33.

31 A. Lintott, *Le procès devant les recuperatores d'après les données épigraphiques jusq'au règne d'Auguste*, in *RHD*, 68, 1990, 9 ss.; Mantovani, *Il problema*, cit., 123 ss.

32 Merita di essere notato che ai *recuperatores* erano di regola attribuiti anche i giudizi relativi all'irrogazione delle multe statuite dalle leggi municipali: cfr., per es., *lex col. Gen. Iul.* capp. 125, 126, 128, 129, 130, 131, 132.

33 Basti qui richiamare il fondamentale studio di Pugliese, *Figure processuali*, cit., 408 ss. (= *Scritti*, I, cit., 72 ss.); cfr. anche Id., *Il processo*, II, cit., 83 ss. (ivi discussione della letteratura anteriore).

al pretore le loro ragioni, che venivano poi sintetizzate dal magistrato in una formula, contenente la nomina dei *recuperatores* e l'ordine, ad essi diretto, di emettere il giudizio; conclusa la *litis contestatio*, la fase *in iure* si chiudeva e la causa passava, come di consueto, al collegio giudicante per la sentenza. In progresso di tempo, tuttavia, le cose cambiarono. Le fonti ci mostrano che in seguito al diffondersi delle *quaestiones*, la procedura ora accennata, che già per sua natura presentava delle caratteristiche che la accomunavano a quella dei *iudicia publica* (azione di regola esperibile dal *quivis de populo*, formazione della giuria mediante *reiectiones* alterne delle parti), fu sempre più contaminata da elementi del processo criminale[34]. Si ammise che la domanda di pagamento della multa potesse proporsi non solo con azione civile ma anche mediante *nominis delatio* (e il promotore del processo incominciò significativamente ad essere designato, oltrechè con il nome di *petitor*, con quello di *accusator* o di *delator*)[35]; venne meno la formula[36]; la devoluzione del *iudicium* al collegio di *recuperatores* non fu più subordinata alla *litis contestatio*[37]; al pretore fu data la presidenza della giuria

34 Su tutto ciò, con maggiori particolari, B. Santalucia, *Osservazioni sulla giustizia penale nei municipia*, in L. Capogrossi Colognesi e E. Gabba (a cura di), *Gli statuti municipali*, Pavia 2006, 565 ss. (= *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 346 ss.), le cui conclusioni sono qui sintetizzate.

35 Cfr. *lex de prov. praet.*, Delph. bl. C, l. 24: ἀγέτωσαν καὶ κρίνάτωσαν τό τε ὄνομα καταφερέτωσαν (= *agito petito nomen deferto*); Frontin. *aq.* 2. 127: *si quis adversus ea commiserit, in singulas res poena HS dena milia essent, ex quibus pars dimidia praemium accusatori daretur*; *lex rivi incerta* (*FIRA*, III, n. 71 c): *d e l* (*a t o r i s*) *pars dim*(*idia*) *esto*. Significativa anche *lex col. Gen. Iul.* cap. 95, ll. 6-7, ove colui che intenta il processo è definito, con espressione criminalistica, *is qui rem quaere<t>* (ma poco dopo, alle ll. 20 e 28, con terminologia tradizionale, (*is qui*) *petet*).

36 Le testimonianze a noi conservate (accuratamente raccolte da Schmidlin, *Das Rekuperatorenverfahren*, cit., 118 nt. 3) non fanno alcun cenno al rilascio di una formula e mostrano che il magistrato era semplicemente tenuto a *dare recuperatores.* In alcuni (rari) casi si parla di *iudicium dare* (*iudicium recuperatorium dare*), ma questa espressione non significa, come spesso si ritiene (cfr. per tutti Pugliese, *Figure processuali*, cit., 412 ss. [= *Scritti*, I, cit., 76 ss.] e *Il processo*, II, cit., 86 ss.), che il magistrato doveva "concedere la formula", bensì che egli doveva "concedere un tribunale giudicante" (giustamente in tal senso, da ultimo, U. Laffi, *In greco per i greci. Ricerche sul lessico greco del processo civile e criminale romano nelle attestazioni delle fonti documentarie romane*, Pavia 2013, 17, con specifico riferimento al κριτήριον ... διδόναι [= *iudicium dare*] di *lex de prov. praet.*, Delph. bl. C, l.29).

37 Lo si desume dal fatto che – come si ricava da *lex col. Gen. Iul.* cap. 95, ll. 28-38 – se il privato richiedente il pagamento della multa non compariva in giudizio senza addurre una valida giustificazione, a lui soltanto era preclusa la possibilità di agire di nuovo, mentre qualunque altra persona era legittimata a riproporre la medesima azione. Non si aveva, vale a dire, la consunzione del rapporto processuale dedotto in giudizio, che costituiva l'effetto tipico della *litis contestatio* (sul punto D. Johnston, *The Conduct of Trials at Urso*, in J. González [a cura di], *Estudios sobre Urso*, Sevilla 1989, 15 ss.). Ancora, la stessa legge dispone (cap. 95, ll. 19-28) che se il *duovir* (o il *praefectus*) sperimenta l'azione e poi, per giustificati motivi, non si presenta *in iure*, il *iudicium* può tuttavia proseguire: l'assenza del magistrato non impedisce il compimento dei successivi atti processuali. La formulazione della clausola in questione – *quo magis eo absente de eo cui {i}is negotium facesset recip*(*eratores*) *sortiantur reiciantur res iudicetur ex h*(*ac*) *l*(*ege*) *n*(*ihilum*) *r*(*ogatur*) – è significativa, poiché nella serie di atti processuali elencati non si fa menzione della *litis contestatio* (cfr. Santalucia, *Osservazioni*, cit., 564 [= *Altri studi*, cit., 345], ove purtroppo l'esposizione è oscurata da alcuni refusi).

e la direzione dell'intera fase dibattimentale fino alla pronuncia della sentenza[38]. In altri termini, l'antico processo formulare per la riscossione di multe si trasformò in un *iudicium* di carattere sostanzialmente criminalistico, per più aspetti simile al processo di fronte a una *quaestio.*

Tutto ciò considerato, non può certo meravigliare che Cicerone definisca *iudicium publicum* il processo di cui ci stiamo occupando. Merita di essere rilevato, a questo proposito, che l'oratore usa la stessa terminologia a proposito del *iudicium* che si svolgeva dinanzi al pretore urbano sulla base della *lex Laetoria de circumscriptione adulescentium*[39]. Questa legge, come è noto, introdusse un'azione popolare per multa contro coloro che, in un rapporto patrimoniale, avessero ingannato un minore abusando della sua inesperienza[40]. Il relativo giudizio, pur essendo relativo a un rapporto di diritto privato, presentava, dunque, al pari degli altri processi multatici, delle caratteristiche che lo accomunavano ai *iudicia publica* delle *quaestiones*: e appunto per ciò Cicerone lo chiama, con significativa espressione, *iudicium publicum rei privatae.*

L'uso di *iudicium publicum* con riferimento ai processi per multa si incontra anche nella legge municipale della tavola di Eraclea. Essa, in una sua clausola, esclude dai senati locali non soltanto coloro che abbiano subito a Roma, in seguito a un *iudicium publicum*, una condanna comportante l'allontanamento dall'Italia, ma anche coloro che, in seguito a un *iudicium publicum*, abbiano subito una condanna nella comunità cittadina di appartenenza[41]. Poiché nei *municipia* non operavano tribunali criminali simili a quelli delle *quaestiones*, non v'è dubbio che la legge si riferisca a processi recuperatorii condotti dinanzi ai magistrati locali, relativi all'esazione di multe disposte a favore della comunità[42].

La qualificazione ciceroniana del processo di Opimio come *iudicium publicum* riceve da quanto precede piena luce e appare del tutto conforme alle concezioni del tempo.

Abstract

The tribune Q. Opimius, whose judicial events are described by Cicero in the *actio secunda in Verrem* (§§ 155-157), was probably tried for using *intercessio* against a protection clause of Sulla's law that forbade the tribunes to perform curule magistracies. The trial took place in the form of a *iudicium recuperatorium* for a fine. Through Cicero's testimony, we can see how this kind of trial assumed in the last republican age a criminal character, influenced by *quaestiones.*

38 Ciò è chiaramente attestato da una serie di disposizioni della *lex col. Gen Iul.* (citate sopra, nt. 32) nelle quali esplicitamente si parla di *iudicium recuperatorium a p u t IIvir*(*um*) *praef*(*ectum*)*ue*. Sul punto cfr. soprattutto Johnston, *The Conduct*, cit., 15, 21 nt. 16.

39 Cic. *de nat. deor.* 3,74: *iudicium publicum rei privatae lege Plaetoria.*

40 S. Di Salvo, *Lex Laetoria*, Napoli 1979; J.A. Crook, *Lex Plaetoria (FIRA no. 3)*, in *Athenaeum*, 72 (n.s. 62), 1984, 586 ss.

41 Ll. 117-119 (Crawford): *queiue iudicio publico Romae condemnatus est erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum resti<tu>tus est erit; queiue in eo municipio colonia praefectura foro conciliabulo, quoius erit, iudicio publico condemnatus est erit.*

42 Documentazione e informazioni bibliografiche al riguardo in Santalucia, *Osservazioni*, cit., 551 ss. (= *Altri studi*, cit., 329 ss.).

DIE *REI VINDICATIO* IM KLASSISCHEN RÖMISCHEN RECHT – EIN ÜBERBLICK

Gianni Santucci* **

1. Vorbemerkung

Zuerst werfen wir einen Blick auf das System der Produktionsquellen des klassischen römischen Rechts. Bekanntlich liegt die generelle Unterscheidung zwischen „geschlossenen" und „offenen" Rechtssystemen, insbesondere im Privatrecht, den Betrachtungen über Rechtsmethode zugrunde. Die ersten drehen sich fast ganz um eine normativ festgesetzte und von der Staatsautorität festgelegte und veränderbare Mechanismen Struktur; die zweiten bilden sich dagegen meist durch die von der Interpretation der Experten beratenden oder gerichtlich erschafften kasuistischen Lösungen[1]. Die modernen Ordnungen Kontinentaleuropas stellen Typen dar, die mit einigen Varianten dem ersten Modell nahekommen. Was das zweite Modell betrifft, führt man gewöhnlich die angelsächsische und anglo-amerikanische *case law method*

1 Vgl. J. Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen, 1990, 44 Anm. 140; beeinflußt von dieser Unterscheidung auch T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953; M. Kaser, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, jetzt in *Ausgewählte Schriften*, I, Napoli, 1976, 4f. (= Id., *Sul metodo romano di individuazione del diritto attraverso la riflessione dei tecnici*, in A. Corbino [a cura di], *Diritto e storia*, Padova, 1995, 150f.); L. Raggi, *Il metodo della giurisprudenza romana*, in *Scritti*, Milano, 1975, 167f.; M. Talamanca, in M. Talamanca (dir.), *Lineamenti di storia del diritto romano*[2], Milano, 1989, 428f.; Id., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 37f.; Id., *Il „Corpus iuris" giustinianeo fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Milano, (= auch in *Diritto e Storia*, zit., 209ff.); U. Vincenti, *Intorno alla distinzione tra sistemi giuridici „aperti e chiusi",* in *L'universo dei giuristi, legislatori. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 73ff.

* Professor für Römisches Recht, Universität Trento.

** Ich erlaube mir, diesen kurzen Beitrag Herrn Prof. Laurens Winkel mit tiefer Wertschatzung zu widmen; obwohl es sich hierbei nur die Überarbeitung eines Vortrages handelt, welcher im Rahmen des in Trient stattgefundenen deutsch-italienischen Seminars mit dem Titel „*Agere in rem. Eigentumsschutz in Kontinentaleuropa Theorie und Praxis/La tutela della proprietà nell'Europa continentale Teoria e prassi*" gehalten wurde. Ich bedanke mich bei Frau Dr. S. Tarozzi und Herrn Dr. L. Marcolla für die Zusammenarbeit bei der Übersetzung.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 833-846

und das römische Recht – insbesondere das klassische – als Beispiel an. Auch hier muss man aber vorsichtig sein, weil keines der herangezogenen Modelle im Reinzustand je verwirklicht worden ist[2].

Wir befinden uns also vor einem „offenen" System, in dem das Gesetz, als abstrakte und generelle Vorschrift, eine tendenzielle Nebenrolle gespielt hat[3] und sich nie in organischen und systematischen Formen zu einem Gesetzbuchsprojekt entwickelt hat[4]. Danach hat das römische Privatrecht seine Hauptproduktionsquellen woanders gefunden: in der, von einer beratenden und einordnenden Wissenschaftstätigkeit kenngezeichneten, Rechtswissenschaft und im Prätor, der die Formen und die Substanzen des Zivilprozesses im Großteil der klassischen Erfahrung organisiert hat und die Entwicklung des substantiellen Rechts durch die weitesten Handlungsspielräume im Aufbau der Prozeßformel beträchtlich beeinflußt hat. Also mitwirkten am meisten die *interpretatio* und die *responsa prudentium*, um mit der Sprache derselben *prudentes* zu reden, und die Edikte der Gerichtsmagistrate, meistens der Prätoren, am Aufbau der Rechtsfiguren und an der Bearbeitung der Begriffskategorien und der in den Lösungen der Juristen oft miteinbegriffenen[5] Dogmatik, die das Gebiet des Privatrechts beherrscht.

Das Prätoredikt, in dem der für *iurisdictio* zuständige Magistrat die Gesamtheit der Prozessmittel jährlich zusammenstellte, hat also einen Hauptmoment des Aufbaus des substantiellen Privatrechts durch die Vermittlung der Formulierung der Prozessesklausel zum Großteil der klassischen Zeit dargestellt. Außerdem ist es die Grundlage des sogenannten Ediktssystems, eines der wichtigsten und weitesten, von der römischen Rechtswissenschaft betriebenen, literarischen Gattungen gewesen. Um mit der Autorität von Giuseppe Grosso zu reden „il diritto sostanziale appariva come un effetto riflesso del mezzo processuale direttamente promesso e concesso dal pretore"[6].

Man sagt noch diesbezüglich, dass das substanzielle Recht in der klassischen Rechtserfahrung für ein „aktionenrechtliches Denken" gehalten würde; das heißt, dass die Römer an das (substanzielle) Recht durch das Klagensystem dachten. Obwohl einige der bekannten Betrachtungen von Bernard Windscheid über den Begriff der *actio* des römischen Zivilrechts zum Teil kritisiert und jedenfalls auf das rechte Maß angemessen zurückgeführt worden sind[7], können sie noch eine gelungene Zusammenfassung dieser Hinsicht darstellen. Laut diesem verehrten deutschen Jurist, „Die Rechtsordnung sagt nicht zu dem Individuum: du hast dieses und dieses Recht, sondern: du hast diese und

2 Es erwähnt M. Kaser, *Zur Methode*, zit., 6 (= Id., *Sul metodo romano*, zit., 150).

3 G. Santucci, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, in U. Vincenti [a cura di], *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino, 2005, 33ff.

4 Die Quellen bezeugen ein Projekt Caesars für eine Kodifizierung des Zivilrechts, das die Juristen, wie allgemein bekannt, jedoch nicht unterstützten: Suet. *Caes*., 44; Plut., *Caes*. 58; Isid., *Etym*., 5,1,5. Dazu: J. Paricio, *Los proyectos codificadores de Pompeyo y Julio César* [2004], in *Poder, juristas, proceso. Cuestiones jurídico-políticas de la Roma clásica*, Madrid, 2012, 47.

5 Es erwähnen oft die Romanisten; vgl., z. B., C.A. Cannata, *Prefazione* in L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1976, III.

6 G. Grosso, *Lezioni di storia del diritto romano*[3], Torino, 1955, 286; siehe auch Id., *Premesse generali al corso di diritto romano*[4], Torino, 1960, 147ff.

7 G. Pugliese, in B. Windschied–T. Muther, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, XIIIff.

diese Actio. Sie sagt nicht: in dieser Beziehung ist dein Wille für die anderen Individuen Gesetzt, sondern: in dieser Beziehung kannst du deinen Willen den anderen Individuen gegenüber gerichtlich geltend machen. Die Rechtsordnung ist nicht die Ordnung der Rechte, sondern die Ordnung der gerichtlich verfolgbaren Ansprüche. Sie gibt dadurch Rechte, dass sie gerichtliche Verfolgung bewilligt"[8]. In den heutigen modernen Rechtsordnungen setzt alles in allem die Klage das subjektive Recht voraus; hingegen im römischen Recht, das subjektive Recht die *actio*.

2. Die Vielfältigkeit der Eigentumsschutz-formen

Das Eigentum verfügt zu seinem Schutz über viele Mittel. Angemessenweise erwähnen die Zivilisten heute noch, dass „per tradizione storica gran parte dei rimedi civilistici è stata forgiata a protezione delle situazioni di appartenenza" und dass „l'ordinamento offre al riguardo il più completo arsenale di forme tecniche che si sia potuto accumulare"[9].

Ohne Zweifel ist die römische Rechtserfahrung ein Hauptmoment dieser „tradizione storica". Aufgrund der gewöhnlichen Einordnung der modernen Dogmatik, kann man sagen, dass das römische Recht – sicher ab der Zeit der frühen Republik – verschiedene Formen des Eigentumsschutzes gekannt hat: einen Wiedergutmachungsschutz durch die *rei vindicatio* mit Herausgabefunktion und durch die *actio legis Aquiliae* (gemäß den I und III Kapitel) mit Ersatzfunktion, einen Verbotsschutz durch die *actio negatoria* und durch die sogenannten Nebenmittel als die *operis novi nuntiatio*, die *cautio damni infecti*, alte Figuren, die vom Prätoredikt später angemessen geregelt worden sind, und als die schon vom Gesetzt der XII Tafeln[10] vorausgesehene *actio aquae pluviae arcendae*; alle Mittel zum Schutz des Grundeigentums[11].

Ein Rechtsfigurenarsenal, das immer noch die heutigen Kontinentalerfahrungen selbstverständlich mit Änderungen in der Struktur und in den einzelnen Disziplinen kennzeichnet. Wegen Publikationsbeschrankungen kann die *rei vindicatio* nur in der

8 B. Windscheid, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856, 3, jetzt in B. Windscheid–Th. Mutter, *Die Actio des römischen Zivilrechts*, Aalen, 1984, 8. Dazu siehe unter anderen, G. Provera, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano, 1983, 325ff.; zuletzt: D. Mantovani, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare un percorso di studi*, in M.G. di Renzo Villata [a cura di], *Il Diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli, 2003, 47ff.

9 A. Gambaro, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in *Trattato di diritto privato Iudica-Zatti*, Milano, 1990, 364; U. Mattei, *La proprietà immobiliare*, Torino, 1993, 211ff.

10 XII Tab. VII. 8; vgl. D. 40,7,21 pr. (Pomp. 7 *ex Plaut.*).

11 Außerdem war da ein umfassender Interdiktschutz, unter dem sich *interdictum quod vi aut clam* hervorhob. Zur Übersicht der verschiedenen Eigentumsverteidigungsmittel siehe M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 2, I, München, 1971, 404ff.; L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 37, Milano, 1988, 207ff.; N. Benke–F.S. Meissel, *Übungsbuch zum römischen Sachenrecht* 7, Wien, 2001, 129ff.; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*[3], Palermo, 2006, 329ff.

geschichtlichen und dogmatischen Hauptform – das heißt die *formula petitoria* im Formularprozeß – untersucht werden[12].

3. Die Struktur der *formula petitoria*: die Rolle des Klägers

Die *rei vindicatio,* die zentral im Eigentumsschutz steht, stellt das älteste und eigentümlichste Mittel des römischen Rechts zum Schutz des *dominium ex iure Quiritium* dar, so dass es das Muster für alle Sachklagen (*actiones in rem*) ist, wie der Jurist Gaius unter anderen in seinen *Institutiones* lehrt[13].

Die *rei vindicatio* steht dem *dominus* (quiritischen Eigentümer) zu, der wegen Besitzverlustes die Herausgabe der Sache vom derzeitigen *non dominus* Besitzer erzwingen will. Im Gegensatz zu der *legis actio sacramento in rem* im Prozess *per legis actiones* oder zum *agere in rem per sponsionem*, die geschichtlich zuvorkommen, haben wir im Fall der *rei vindicatio per formulam petitoriam* zahlreiche Beweise in der klassischen Rechtswissenschaft, die uns besonders durch Justinians *Digesta* überliefert wurden.

Das Lesen der Formel gestattet viele wichtige Überlegungen, die die Verfahrensstruktur der Klage und ihre substanziellen Hauptwirkungen zeigen können.

Unter den zahlreichen Beweisen haben wir keine Quelle, die uns den vollen Wortlaut der *formula petitoria* wiedergibt, so wie sie im Prätoredikt war. Wie bei vielen anderen Klageformeln, kann sie jedoch entsprechend des folgenden Wortlautes zuverlässig rekonstruiert werden[14]:

> *Titius iudex esto*. *Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Aulii Agerii esse neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*. (Wenn es sich erweist, dass die Sache, um die prozessiert wird, quiritisches Eigentum des Klägers ist, und die Sache nicht restituiert wird, so soll der Richter den Beklagten zur Zahlung des Geldbetrages verurteilen, den die Sache wert sein wird. Wenn es sich nicht erweist, so soll er ihn freisprechen.)

Die Formel stellt den Text eines Dekrets des Gerichtsmagistrates dar und sie wendet sich an den Richter, einem von Parteien gewählten Privatmann. Er soll den Rechtsfall unter Berücksichtigung der bestimmten Hinweise, die der Prätor in der Formel gegeben hat, streng rechtlich beurteilen. Die Klausel „*Titius iudex esto*“ beinhaltet die Ernennung

12 Über die Vindikation, insbesondere bezüglich ihrer Formelstruktur siehe M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, zit., 432ff.; M. Marrone, *Rivendicazione (diritto romano)*, in *Enc. dir*., 41, Milano, 1989, 13ff.; C.A. Cannata, *Corso di diritto romano*, I, Torino, 2001, 399ff.

13 Gai. 4, 2-3: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est* (…). *In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse* (…) (Eine Personalklage liegt vor, wenn wir gegen jemanden prozessieren, der uns aus Vertrag oder infolge eines Delikt verpflichtet ist (…) Eine Sachklage liegt dagegen vor, wenn wir erklären, dass ein körperliches Objekt uns gehört (…)); Gai. 4, 5: *Appellantur autem in rem quidam actiones vindicationes*. (…) (Mann nennt aber eine Sachklage vindicatio (…)).

14 O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*[3], Leipzig, 1927, 185f.; M. Marrone, *Rivendicazione*, zit., 13ff.

des Richters und steht vor der Formel im eigentlichen Sinn. Ich mache nebenbei darauf aufmerksam, dass der Prätor dem Richter, dem Privatmann, zu beurteilen befehlt: es handelt sich um ein *iussum iudicandi*, das die zwei futurimperativen Verben „*condemnato*" und „*absolvito*", im letzten Formelteil, der *condemnatio*, zusammenfasst.

Der Teil „*Si paret rem, qua de agitur, ex iure Quiritium Aulii Agerii esse*" wird *intentio* genannt; sie stellt in der Vindikationstruktur die erste Formelklausel dar. Die *intentio* bildet den rechtlichen Anspruch des Klägers, in dem der Prätor die Hauptelemente des vom Kläger *in iure* erbrachten Rechtsverhältnisses einträgt. „*Si paret*" bedeutet nicht „wenn es sich erweist", sondern „wenn es bewiesen wird, dass": dementsprechend muss der Richter überprüfen, ob der Kläger den Beweis erbringt, der Eigentümer der ins Gericht gebrachtenen Sache zu sein. Was die „*res de qua agitur*" betrifft, musste man natürlich das Vindikationsobjekt mit den Identifikationshinweisen andeuten[15]. Es konnte geschehen, dass eine *quota pro indiviso* auch gefordert wurde. In diesem Fall musste man den beanspruchten Teil des gesamten Eigentums andeuten. Ausnahmsweise war eine *vindicatio incertae partis*[16] zugelassen.

In der *intentio* wird nicht der vom Kläger behauptete Eigentumserwerb gezeigt. Darüber steht vor der *intentio* keine *pars formulae*, als die *demonstratio*, mit einer Anspruchserklärungsfunktion, wie es in anderen Formelstrukturen der Fall ist[17]. Daher hält man die Bedeutung des Herausgabeformelmusters für „abstrakt". Man kann jedoch darauf hinweisen, dass sich die abstrakte Formelstruktur der *rei vindicatio* den unglückseligen Rechtsfolgen, hervorgerufen durch das Verhinderungsprinzip, aussetzte. Nachdem der Kläger die Vindikation zum ersten Mal eingerichtet hatte, konnte er nämlich für dieselbe Sache und gegen dieselbe Person nicht zum zweiten Mal vorgehen, auch wenn er einen anderen Eigentumserwerbstitel angeführt hätte. Die Ansicht, nach der eine „kausale" Formel tatsächlich angewendet werden konnte, entwickelte sich daher von der Glossezeit an und wurde von Savigny eindrucksvoll ausgedrückt. Der Kläger konnte jeweils die Eigentumserwerbstatsache oder Handlung entweder in derselben *intentio* oder durch die Hinzufügung einer *praescriptio* am Anfang der Formel aufführen[18]. „*Neque ea res arbitrio iudicis Aulo Agerio restituetur*" deutet die sogennante *restitutoria* oder *arbitraria* Klausel an.

Bevor ich die Funktion dieser Klausel aufzeige, muß ich darauf aufmerksam machen, dass der Verurteilungsbeschluss im Fomularprozess nur auf eine ziffernmäßig bestimmte Geldsumme lauten konnte, auch wenn der Anspruch des Klägers von andersartiger Natur

15 Bedeutungsvoll D. 6,1,6. (Paul. 6 *ad ed.*).

16 Dazu unter anderen, G. Provera, *La pluris petitio nel processo formulare, I, la procedura formulare*, Torino, 1958, 182ff.; neulich auch: M. Vinci, *Fines regere. Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano, 2004, 389ff.

17 Über die *formulae* mit *demonstratio* siehe jetzt, R. Fiori, *Ea res agatur. I due modelli del processo repubblicano*, Milano, 2003.

18 Neulich dazu mit Beanstandungen, M. Marrone, *La formula della rivendica astratta o causale?*, in *AUPA*, 46, 2000, 145ff.; siehe auch Id., *La ripetizione della rivendica formulare tra le stesse parti e il problema dell'*eadem res, in *SDHI*, 64, 1998, 47ff.

gewesen wäre[19]. Also wurde der unterlegene Beklagte auch für die *rei vindicatio* nur zur Bezahlung einer Geldsumme und nie zur Herausgabe der Sache verurteilt. Dieses besondere System – hier interessiert uns nicht über die geschichtlichen und dogmatischen Gründe nachzuforschen[20] – hatte eine wirksame Korrektur genau in der *restitutoria* Klausel.

Nachdem der *iudex* das Eigentumsrecht des Klägers nachgewiesen hatte, forderte er den Beklagten aufgrund dieser Klausel dazu auf, die Rechtsstreitssache rückzugeben. Nur wenn der Beklagte der Herausgabe nicht nachgekommen wäre, hätte er zur Bezahlung der Geldsumme verurteilt worden. Die Herausgabeklausel strebt also danach, den Hauptanspruch des Klägers in einem Vindikationsurteil zu befriedigen: die Wiederherstellung der rechtlichen Lage, die nach dem Kläger verletzt worden war. Die Aufforderung des *iudex* zur Herausgabe war nicht ein Beschluss, sondern ein Bescheid im Laufe des Urteils (*pronuntiatio*), mit dem der Richter nicht nur seine Überzeugung darüber äußerte, dass die Sache dem Kläger gehörte, sondern dem Beklagten die Herausgabe der Sache unter bestimmten Bedingungen befahl[21].

Die richterliche Verurteilung (oder Freisprechung) folgt direkt nach der *restitutoria* Klausel und schließt gleichzeitig die Formel. Sie wird *condemnatio* genannt und wird mit den folgenden Worten angedeutet: „*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret absolvito*".

Wenn der Beklagte gemäß dem Zwischenbescheid (*pronuntiatio*) des *iudex* die Streitsache nicht rückgab, nahm der Richter die Geldschätzung der Sache (*aestimatio*) vor und sprach er den Verurteilungsbeschluß des Beklagten zur entsprechenden Geldsumme aus.

Es ist interessant, das im Futur deklinierte Verb in der *condemnatio* zu bemerken: „*quanti ea res erit*", mit dem gesagt wird, dass die Schätzung des Richters den Sachwert beim Beschluß betreffen soll.

Man kann annehmen, dass die Verurteilung in Geld nur ausnahmsweise den Schluß eines Vindikationsverfahren darstellte. Man muss nämlich bedenken, dass der Geldbetrag dem Kläger durch einen Schätzungseid, genannten *iusiurandum in litem*, zustand. Mit solcher weiten und großzügigen Verfügungsgewalt bezifferte der Kläger einen sehr hohen Wert (beträchtlich höher als der Marktwert) der ihm gebührenden Leistung, weil er der Sache, zum Beispiel, einen Gefühlswert gab so dass der Beklagte die Sache zurückgab und der *pronuntiatio* der *restitutoria* Klausel gehorchte[22]. Der Geldbetrag konnte

19 Gai. 4, 48: *Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. Itaque et si corpus aliquod petamus, veluti fundum hominem vestem aurum argentum, iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.* (Die Urteilsanweisung aller Prozessformeln, die überhaupt eine solche Anweisung enthalten, ist auf eine Bewertung in Geld hin formuliert. Daher verurteilt der Privatrichter, auch wenn wir einen Gegenstand gerichtlich fordern, wie z.B. ein Grundstück, einen Sklaven, ein Kleidungsstück, Gold oder Silber, den Beklagten nicht direkt zur Herausgabe des Objekts, um das es ging, wie es früher zur geschehen pflegte, sondern – nach Schätzung des Objekts – zur Zahlung des Geldwertes.)

20 Dazu siehe, A. Bürge, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen und klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 102, 1982, 128ff.; A. Burdese, *Sulla condanna pecuniaria nel processo civile romano*, in *Sem. Compl. de Der. rom.*, 1, 1990, 175ff.

21 G. Wesener, *Pronuntiatio*, in *PWRE*, Stuttgart,1962, Nachtr. 9, 1241ff.; M. Marrone, *Rivendicazione*, zit., 17 e Anm. 91.

22 C.A. Cannata, *Corso di istituzioni*, I, zit., 402; M. Marrone, *Istituzioni*, zit., 95.

objektiv nur dann vom Richter festgesetzt werden, wenn die Herausgabe von Seiten des Beklagten (nicht aufgrund seines Vorsatzes oder seiner Fahrlässigkeit) unmöglich war[23].

4. Die Beweislast auf den Kläger

Die Regel ist bekannt: dem obliegt die Beweislast, der behauptet, nicht dem, der bestreitet, wie der Jurist Paulus unter anderen lehrt: „*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*"[24], womit er „una vera indicazione sintetica del principio dell'onere della prova"[25] bestimmt. Es erschien also ganz logisch, dass die Beweislast über das Eigentum dem Kläger obliegen musste. Diese Regel entwickelte sich als Folge des *agere per sponsionem* – das vorherige Muster der Vindikationsklage – in dem die verschiedenen Figuren zweier Rollen des Klägers und des Beklagten erzielt wurden.

Die romanistische Lehre hat darum bestritten, wann und wie die Regel sich im römischen Recht durchsetzte. Trotzdem ist es plausibel zu glauben, dass sie sich rigoros schon im Formularprozeß behauptete, wo übrigens dieselbe Formelstruktur verlangte, dass was danach *apud iudicem* geschehen musste, bereits im Verfahren *in iure* vor dem Gerichtsmagistrat vorausbestimmt wurde[26].

Wie allgemein bekannt, wurde die Beweislast auf den Kläger von den mittelalterlichen Juristen *probatio diabolica* genannt[27], weil der Kläger bei der Anführung eines abgeleiteten Eigentumserwerbstitels (und das geschah oft) nicht nur die Gültigkeit des eigenen Erwerbstitels, sondern auch jene seines Veräußerers beweisen sollte und so weiter bis wenn es zu einem originären Erwerbstitel gelangte. Das hing wesentlich von dem grundsätzlichen Prinzip „*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse*

23 D. 6,1,68 (Ulp. 51 *ad ed.*): *Qui restituere iussus iudici non paret [contendens non posse restituere], si quidam habeat rem [manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere], sive quidam dolo fecit quo minus possi‹dea›t, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. Haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet.* (Wer auf die Anordnung der Rückgewähr hin dem Richter nicht gehorcht mit der Behauptung, er könne nicht zurückgewähren, dem wird, falls er die Sache trotzdem hat, der Besitz durch Vollstreckungspersonal auf richterliche Anordnung weggenommen, und die Verurteilung erfolgt nur noch wegen der Nutzungen und der [bei Prozessbegründung gegeben] gesamten Rechtslage der Sache. Wenn er aber nicht zurückgewähren kann und dies vorsätzlich herbeigeführt, ist er mehr als den Wert der Sache, dass heisst das Interesse des Gegners, zu verurteilen. Diese Lehre gilt allgemein und ist auf alle Interdikte oder Klagen anzuwenden, schien es dingliche oder persönliche, in denen etwas aufgrund richterlichen Ermessens zurückzugewähren ist.)

24 D. 22,3,2 (Paul. 69 *ad ed.*).

25 So, C.A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II il processo formulare*, Torino, 1982, 184.

26 Dazu, V. Giuffré, „*Necessitas probandi". Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984; A. Wacke, *Zur Beweislast im klassischen Zivilprozess. Giovanni Pugliese* versus *Ernst Levy*, in *SZ*, 109, 1992, 411ff.

27 Dazu, H. Kiefner, *Klassizität der probatio diabolica?*, in *SZ*, 81, 1964, 212ff.; F. Benedek, *Zur Frage des „diabolischen Beweises"*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, 4, Milano,1983, 445ff.

haberet“ ab[28]. Es war keine einfache Aufgabe, den echten *dominum* der Streitsache im Urteilsgericht zu beweisen, aber es erscheint übertrieben, sie „*diabolica*“ zu nennen. Man muss nämlich nicht vergessen, dass der Kläger seinen originären Erwerbstitel durch die Ersitzung immer beweisen konnte. Und man muss darauf hinweisen, dass die Fristen im römischen Recht viel kürzer als diejenige der modernen Rechtsystemen waren: zwei Jahre für die beweglichen Sachen, ein Jahr für die unbeweglichen. Außerdem konnte der Kläger dank dem Prinzip der sogenannten *successio possessionis* – gemäß dem der Erbe im Eigenbesitz des Totes folgte und die vom Erblasser begonnene Ersitzung fortsetzen konnte – und dem Prinzip der sogenannten *accessio possessionis*, – gemäß dem der Käufer mit einem bestimmten Titel zum eigenen Eigenbesitz jenen des Veräußers hinzufügen kann – bei der Ersitzung geholfen werden konnte.

Noch über die Beweislast, kann auch eine andere Perspektive in Bezug auf das prätorische Eigentum erwähnt werden. Die Hauptfälle betrafen denjenigen, der in gutem Glauben *a non domino* erworben hat, oder denjenigen, der eine *res mancipi* durch *traditio* und nicht durch *mancipatio* oder *in iure cessio* von einem Veräußerer erworben hat[29]. In beiden Fällen wurde der Verkäufer nicht *dominus ex iure quiritium*, aber der Prätor fand es gerecht, den Besitzer in gutem Glauben und mit einer *iusta causa* für die Ersitzung zu schützen. Der prätorische Schutz dessen gegen den Dritten fand durch eine *Publiciana* genannte Klage statt, die dem Muster der *vindicatio* aber mit einem wichtigen Unterschied in der *intentio* entspricht: der Prätor befiehlt dem Richter nicht, dass er das Eigentum der Sache des Klägers feststellte, sondern dass er feststellte, ob der Kläger mit der Ersitzungsfrist (einjährigen oder zweijährigen nach Sachetyp), die der Prätor als schon abgelaufen fingiert, infolge der Ersitzung der schon besessenen Sache Eigentümer

28 D. 50,17,54 (Ulp. 46 *ad ed*.).

29 Gai. 4,36: *Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit*. (…) (Auch Ersitzung wird fingiert, nämlich in der Klage, die *actio Publiciana* heisst. Diese Klage wird dem gewährt, der ein Objekt, das ihm zu Recht formlos übergeben worden ist, noch nicht ersessen hat, aber seine Rückgabe klagt, da er seinen Besitz verloren hat. (…)); Gai. 2,41: *Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidam tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possedendo usucapias* (…) (Denn wenn ich dir manzipierbares Objekt weder manzipiert noch vor Gericht abgetreten, sondern es dir nur formlos übergeben habe, so wird das Objekt zwar dein bonitarisches (prätorisches) Eingentum, es bleibt aber mein quiritisches (ziviles) Eigentum, bis du es durch längeren Besitz ersessen hast); D. 6,2,1pr. (Ulp. 16 *ad ed*.): *Ait praetor si quis id, quod traditur ex iusta causa a non domino, et nondum usucaptum petet iudicium dabo* (Prätor sagt: Wenn jemand das herausverlangt, was (him) aus rechtsmässigem Grund von einem Nichteigentümer übergeben wird und (von ihm) noch nicht ersessen ist, werde ich eine Klagen geben.) Eine weite Aufführung der verschiedenen Lagen mit dem bonitarischen Eigentum in J.A. Ankum, *Le droit romain classique a-t-l connu un droit de propriété bonitaire relatif?*, in *Satura Roberto Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata* (Ausg. J.A. Ankum-J.E. Spruit-F.B.J. Wubbe), Fribourg Suisse, 1985, 137f. Für eine wesentliche Übersicht über das prätorische Eigentum siehe unter anderen, L. Vacca, *Il c.d. duplex dominium e l'actio publiciana*, in E. Cortese [a cura di], *La proprietà e le proprietà*, Milano, 1988, 39ff.; H. Ankum-E.Pool, Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse. *Traces of the Development of Roman Double Ownership*, in P. Birks [edited by], *New Perspectives in the Roman Law of Property. Essays for B. Nicholas*, Oxford, 1989, 5ff.

geworden wäre[30]. Folglich war die Beweislast in diesem Fall für den Kläger ganz einfacher durchführbar, weil er gemäß dem „*si paret*" der *intentio* der *actio Publiciana* nur beweisen sollte, der Besitzer zu sein und die *iusta causa* für die Ersitzung zu haben. Dieser bessere Beweislast als der *probatio diabolica* hat die romanistische Lehre als Bedingung gesehen, dass der zivilistische Eigentümer (*dominus ex iure quiritium*) in der Praxis die *actio Publiciana* gern vorzog, um den Beweis seines Eigentumsrechts zu vermeiden[31].

Aus einer modernen Perspektive kann man sagen, dass es im römischen Recht zwei mögliche Hauptmuster gleichzeitig gab: das erste, das Vindikationsmuster, das sich auf die Absolutheit des Beweises stützte; das zweite, das *actio publiciana*-Muster, das sich auf das Kriterium des besten Rechtstitels unter den Streitenden stützte, weil der Kläger die Sache von demjenigen erhalten konnte, der keinen oder mindestens einen wenig gültigen Titel über die Sache erheben konnte[32].

5. Die durch *exceptiones* geschützte Lage des Beklagten

In der Formelstruktur konnte der Prätor die *exceptiones*, mit denen der Beklagte einen oder mehrere Elemente zu seiner Verteidigung geltend machte, nach der *intentio* und vor der *restitutoria* Klausel einfügen.

Es ist besser auch in diesem Fall eine kleine Zwischenbemerkung über den Mechanismus des Formularprozesses im allgemeinen einzuschieben. In der Formel war das Ziel der *exceptio*, den in der *intentio* enthaltenen Anspruch des Klägers nicht zu denegieren. Diese Möglichkeit des Beklagten war in der Aufforderung des Prätors an den Richter zur Verurteilung oder Freisprechung (*condemnatio*) inbegriffen, je nachdem, ob das Recht des Klägers bewiesen worden war oder nicht. Mit der *exceptio* trug dagegen der Beklagte im Vergleich zu jenen, in der *intentio* „neue" Tatbestände, die dem Richter verwehrt hätten, den Beklagten zu verurteilen wenn sie bewiesen worden wären. Die *exceptio* galt als eine zweite Bedingung – die erste war die *intentio* – zur *condemnatio* des Richters.

Wir kommen auf die *rei vindicatio* zurück. Man muss darauf hinweisen, dass die römischen Juristen im Kommentar des Klagesystems in *sede materiae* auch die *exceptio doli* verhandelten.

30 Über die Formel der *actio publiciana*, im Vergleich auch mit jener der *rei vindicatio* siehe neulich, C.A. Cannata, *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I, Torino, 2005, 36ff.

31 M. Kaser, „*In bonis esse*", in *ZSS*, 78, 1961, 195; F. Wubbe, *Der gutgläubige Besitzer, Mensch oder Begriff?*, in *SZ*, 80, 1963, 189;. dagegen F. Sturm, *Zur ursprünglichen Funktion der „actio publiciana"*, in *RIDA*, 9, 1962, 385. Dazu vgl. auch L. Vacca, *Il c.d. duplex dominium*, zit., 50 Anm. 19.

32 Dazu, insbesondere zur folgenden romanistischen Tradition, L. Solidoro Maruotti, *Ripartizione e attenuazione dell'onere probatorio nei giudizi di rivendica*, in C. Cascione-E. Germino-C. Masi Doria [a cura di], *Parti e giudici nel processo. Dai diritti antichi all'attualità*, Napoli, 2006, 369ff. Zusammenfassend auch, A. Gambaro, *La proprietà*, zit., 400. Ganz nützlich auch, C.A. Cannata, *Materiali*, zit., 131ff.

In der Fassung der *exceptio „si in ea re nihil dolo malo A.Agerii factum sit neque fiat*“[33] betraf das Präsensverb im letzten Teil „*neque fiat*“ den gegenwärtigen Vorsatz, der im Urteilgericht in der *litis contestatio* (*exceptio doli praesentis* o *generalis*) stattfand. Die *exceptio doli praesentis* war ein angemessenes Prozeßmittel für den Beklagten. Die Ergebnisse werden mit der Anwendung des *ius civile* in den ohne *bona fides* Klausel Urteilgerichten (*iudicia stricti iuris*) erhalten, mithilfe der *aequitas naturalis* korrigiert. Sicher seit dem Jurist Proculus aus dem 1. Jhd. n Chr, auf den die älteste Bezeugung zurückgeht[34], waren alle vom Richter gerecht so gehaltenen Kosten durch dieses Mittel ersetzbar; insbesondere konnte der Beklagte die erforderliche Kosten durch die Sachbeschädigung und jene nützlichen für die Verbesserung des Sachewerts eintreiben. Durch dieser Exception wurde der Vorsatz des Klägers eingeschätzt, wenn er dieser Kosten bewusst war aber trotzdem nicht ersaß und gleichzeitig die Vindikation erhob. Damit die nicht Romanisten es besser verstehen können, kann man mit den Worten von Carlo Augusto Cannata sagen, dass die Anwendung der *exceptio doli generalis* dem Beklagten erlaube zu „far valere, mediante il meccanismo dell'eccezione combinato con quello della *restitutio*, una domanda riconvenzionale nel procedimento di rivendica della cosa“[35].

6. Die Passivlegitimation bei der *vindicatio*

Es ist erst seit dem *agere per sponsionem*, der Prozeßstruktur, die chronologisch gesehen vor der Vindikation kommt, dass sich die Rolle zweier Parteien im Vindikationsprozess unterscheidet: der Kläger und der Beklagte-Besitzer. Im Gegensatzt zum frühzeitigen *lege agere sacramento in rem* im *per legis actiones* Verfahren, erkannte der Prätor denjenigen, der am Anfang des Rechtsstreits die Sache hält als Beklagter – Besitzer an. Dieses System ging an die Vindikation über: wer am Anfang des Rechtsstreits die Sache besitzt, hat die Passivlegitimation bei der Klage.

Wie wir schon gesehen haben, hatte der Beklagte im Gegensatz zu dem Kläger keine Beweislast; darum entstand früh das schwierige Problem, eine korrekte Anlage zweier verschiedenen Rollen sicher zu stellen; insbesondere müsste man vermeiden, dass der Nicht-Besitzer versuchte, Besitzer zu werden, um die Lieblingsrolle des Beklagten, der die sogenannte *commodum possessionis* hatte, einzunehmen. Das Interdiktverfahren verschaffte Abhilfe. Die Interdikte *uti possidetis*, für die unbeweglichen Sachen, und *utrubi*, für die beweglichen Sachen, hatten den Zweck, die Besitzlage desjenigen, dem der Rolle des Besitzers oblag, wiederzuherstellen oder zu bewahren[36].

33 Gai. 4,19.

34 D. 6,1,27,5 (Paul.1 *ad ed.*).

35 C.A. Cannata, „*Bona fides*“ *e strutture processuali*, in L. Garofalo [a cura di], *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova, 2003, 264ff.; Id., „*Exceptio doli generalis*“ *e diritti reali*, in L. Garofalo [a cura di], *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006, 245 und Anm. 19.

36 Für alle, M. Kaser, *Eingentum und Besitz im älteren römischen Recht*[2], 1956, 287ff. Neulich behauptet man jedoch durch einer ganz tiefgehenden Forschung, dass die Vorbereitungsfunktion zur Vindikation vom Interdikte *uti possidetis* nur in Justinianszeit eine Hauptfunktion angenommen hatte; G. Falcone, *Ricerche sull'origine dell'interdetto „uti possidetis“*, in *AUPA*, 44, 1996, 69ff.

Das Interdiktverfahren nahm einen Besitzbegriff im engeren Sinn an, bei dem nur der Besitzer in eigenem Namen geschützt wurde. Darum war nicht jede Art von Innehaben in diesem Schutz – und auch für die Zuerkennung der Passivlegitimation – vorgesehen.

Wegen der praktischen Angemessenheit wurde diese Regel durch die Ausdehnung der Passivlegitimation auch auf den Inhaber abgeändert. Die Regel, gemäß der nur der Besitzer in eigenem Namen geschützt wurde, geriet erst nach dem 1. Jhd. n. Chr. in die Krise, als zum Beispiel der Jurist Pegasus sie noch verteidigte. Dieses ist in einer Stelle Ulpians einleuchtend dargelegt:

> D. 6,1,9 (Ulp., 16 *ad ed.*): *Officium autem [iudicis] ‹praetoris›*[37] *in hac actione in hoc erit, ut [iudex] inspiciat an reus possideat, nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem. quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem completi, quae locum habet in interdico uti possidetis vel utrubi. denique ait ab eo, apud quem deposita est vel commodata vel qui conduxerit aut qui legatorum servandorum causa vel dotis ventrisque nomine in possessione esset vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse*. (Bei dieser Klage ist es aber die Pflicht des Richters zu prüfen, ob der Beklagte besitzt. Es ist unerheblich, aus welchem Grunde er besitzt. Sobald ich nämlich bewiesen habe, dass die Sache mir gehört, muss der Besitzer sie zurückgewähren, wenn er nicht Einrede vorgebracht hat. Einige aber, wie Pegasus, sind der Ansicht, die Klage erfasse nur denjenigen Besitz, der im Interdikt „Wie ihr besitzt“ oder „Auf welcher Seite“ vorausgesetzt wird. Zum Beispiel sagt er, könne man nicht von jemandem vindizieren, dem die Sache zur Verwahrung gegeben oder geliehen worden ist, der über sie einen Miet-, Pacht- oder Werkvertrag abgeschlossen hat, der zwecks Sicherung von (bedingten oder befristeten) Vermächtnissen, wegen einer Mitgift oder für eine Leibesfrucht in ihren Besitz gesetzt ist, auch nicht von jemandem, dem keine Sicherheit wegen künftigen Schadens geleistet ist, weil nämlich alle diese nicht besitzen. Ich meine indessen, man kann gegen alle klagen, weil sie die Sache innehaben und zur Rückgewähr in der Lage sind.)

Nach Ulpian, der die Einstellung von Pegasus überschritt, obliegt die Passivlegitimation dem, der die *facultas restituendi* hat, und zwar dem, der die wirkliche Möglichkeit zurückzugeben hat: dem Hinterlegungsschuldner, dem Leihschuldner, dem Mieter/Pächter/Unternehmer, nur um einige der Beispiele von Ulpian zu erwähnen. In diesen Fällen hatte der Inhaber nicht nur die körperliche Sachverfügbarkeit, sondern war auch im Vergleich zum Kläger, der auf die Herausgabe der Sache rechtmäßig wartete, legitimiert darüber zu verfügen. Es ist auch bewiesen, dass die *facultas restituendi* solchen Personen oblag, damit weder sie noch Dritte einen schätzbaren Nachteil aufgrund der Herausgabe erleiden konnten[38].

37 Die Interpolation von *iudicis* statt des stammenden *praetoris* erscheint ganz wahrscheinlich so, C.A. Cannata, *Istituzioni*, I, zit., 417.

38 M. Marrone, *La facultas restituendi di D., 1,9 (Ulp. 16 ad ed.). Brevi note in materia di legittimazione alla rivendica*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova, 1970, 533ff.; über die Stelle siehe auch, Id., *La rivendica contro i „filiifamilias“*, in *Studi in onore di G. Grosso*, 6, Torino, 1974, 175ff.; G. Provera, *Indefensio e legittimazione passiva alla* rei vindicatio, *ibidem*, 207ff.

Die Passivlegitimation bei der Vindikation wurde dann weiterausgedehnt. Einige rechtwissenschaftlichen Werke, die aber einiger Änderungen verdächtigt werden[39], ließen die Vindikation auch gegen den zu, der vor der *litis contestatio* vorsätzlich aufhörte, die Sache zu besitzen („*dolo desiit possidere*") oder immerhin nicht mehr die Sache wegen seines Vorsatzes besaß („*dolo malo fecit quo minus possideat*").

Sicher klassisch ist jedoch die Ausdehnung der Passivlegitimation bei der Vindikation auf denjenigen, der vorsätzlich die Rolle des Beklagten annahm und danach die *rem defendit* als ob er tatsächlich besaße („*qui se liti optulit*"), auch wenn er nicht Besitzer war[40]. Das Ziel dieser Schikane war eindeutig, den Prozessanspruch des Klägers vom tatsächlichen Besitzer abzuwenden, so dass er die *res* ersitzen konnte.

In diesen (sogenannten „*ficta possessio*") Fällen, in denen eine Person die Rolle des Beklagten beim Vindikationsurteil freiwillig annahm, stellte die typische Geldverurteilung des Formularprozesses das einzige mögliche Mittel zur Befriedigung des Klägers dar, weil er vom Beklagten die Herausgabe der Sache natürlich nicht erhalten konnte.

7. Substanzielle Wirkungen der *condemnatio*

Wie gesagt, konnte der Beklagte die Aufforderung des Richters zur Herausgabe (sogenannten *restitutoria* Klausel) nicht befolgen. In diesem Fall, wurde der Beklagte verurteilt, die nach dem Wunsch des Klägers bestimmte Geldsumme – den Gegenstand der Verurteilung – zu bezahlen, wenn er den Vindikationsurteil verloren hätte.

In Hinblick auf den Prozess befriedigte die Bezahlung den Kläger, dem übrigens die Formelstruktur der Vindikation nicht anderes erlaubte und gleichzeitig befreitete sie den Beklagten. Es kommt jedoch zu einem substanziellen Problem: wem oblag das Eigentum der *res*, der Streitsache? Sicher nicht dem Kläger, der mit der Bezahlung des Geldbetrags der *condemnatio* ganz zufrieden war, sondern dem Beklagten. Die Bezahlung der *litis aestimatio* hatte also die nicht unbedeutende, substanzielle Wirkung, den Beklagten das Eigentum der *res* erwerben zu lassen. In den Lehrbüchern zum römischen Privatrecht, die gemäß der modernen Dogmatik zwischen originäre und abgeleitete Eigentumserwerb unterscheiden, ist deswegen die Bezahlung der *litis aestimatio* gewöhnlich zu den zweiten gerechnet.

Tatsächlich enthalten die Quellen keine eindeutige Lösung, um den Eigentumstyp zu bestimmen, der dem Beklagten zustehen sollte, wenn die Bezahlung der *litis aestimatio* stattfand. Was dies betrifft neigt man dazu, dass beim Beklagten das quiritische Eigentum vorlag, wenn die *res nec mancipi* war. Wenn es jedoch eine *res mancipi* war, lag beim Beklagten das prätorische Eigentum der Sache vor; insbesondere änderte er seinen Besitztitel in einen *pro emptore*, der ihm erlaubte, die Sache durch den Zeitverlauf zu ersitzen. In verschiedenen juristischen Werken stehen ferner der Eigentumserwerb durch die Bezahlung der *litis aestimatio* und der Kauf auf der gleichen Ebene[41]. Man muss jedoch darauf hinweisen, dass die römischen Juristen keine Absicht hatten, derartige

39 M. Marrone, *Rivendicazione*, zit., 19.

40 Dazu, B. Albanese, *Rei vindicationi se offerre e actio de dolo* [1972], jetzt in *Scritti Giuridici*, II, Palermo, 1991, 1031ff.

41 C.A. Cannata, *Corso di istituzioni*, I, zit., 428.

Prozesslage dem Kauf in Hinblick auf die Rechtsmechanismen anzugleichen, als ob durch die Bezahlung der *litis aestimatio* eine wirkliche *emptio-venditio* stattfände. Es war eher der Kauf als das Paradigma gewählt, damit einige Wirkungen einer, dem Kauf nur im ökonomischen Sinn vergleichbaren Lage, erklärt wurden[42].

Der Eigentumserwerb durch die Bezahlung der *litis aestimatio* bildet einen Tatbestand, der bei modernen Juristen ganz selten vorkommen kann, weil er korrekte aber unrechte Rechtslösungen hypothetisch bestimmen konnte. Man denkt theoretisch an den Fall einer Person, die das Eigentum einer Sache von einer anderen um jeden Preis wünscht. Wenn der Eigentümer der Sache gar nichts veräußern wollen würde, könnte solche Person versuchen, den Besitz im jeden Fall (außer durch Gewalt oder Betrug) zu erhalten. Danach war es genügend, dass er im Vindikationsprozess unterlag und die *litis aestimatio* bezahlte (deutlich war er bereit, auch eine ganz hohe Geldsumme zu bezahlen), um Eigentümer zu werden, weil der Kläger keine anderen Prozessmittel für die Herausgabe der Sache außer der *formula arbitraria* hatte. Wie schon vorher gesagt, ist es jedoch wahrscheinlich daran zu denken, dass der Beklagte dem Aufforderung des *iudex* zur Herausgabe im wirklichen Prozess ganz selten nicht obliegt.

8. Konkurrenz zwischen *rei vindicatio* und anderen Klagen

Ich schließe meinen Bericht mit einigen kurzen Hinweisen auf die Konkurrenz zwischen *rei vindicatio* und anderen Klagen.

Der Besitzesverlust der Sache bedeutete für den Eigentümer nicht nur ihre notwendige Herausgabe, sondern auch ihre mögliche Beschädigung, die vom vorsätzlichen oder fahrlässigen Benehmen des Besitzers verursacht worden war. Außer der Vindikation konnte also der Eigentümer theoretisch auch die *actio legis Aquiliae* für die erlittenen Schäden geltend machen. Die Juristen bevorzugten jedoch die Ersatzperspektive vor der Strafeperspektive in der Auslegung des Wortlauts der *legis Aquiliae*. Denn die Vindikation ist eine *reipersecutoria* Klage, stellen die Juristen die zwei Klagen in alternativer Konkurrenz, wie Ulpian klar bezeugt:

> D. 6,1,13: (Ulp., 16 *ad ed.*): *non solum autem restitui, verum est si deterior res sit facta, rationem iudex habere debebit: finge enim debilitatum hominem vel verberatum vel vulneratum restitui: utique ratio per iudicem habebitur, quanto deterior sit factus. quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit: unde quaeritur, an non alias iudex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae. et Labeo putat cavere petitorem oportere lege Aquilia non acturum, quae sententia vera est*. (Der Richter hat nicht nur zu prüfen, ob die Sache zurückgewahrt ist, sondern auch, ob sie verschlechtert ist; man denke, dass ein verstümelter, ausgepeitschter oder verletzter Sklave zurückgewahrt wird. Jedenfalls berücksichtigt der Richter den durch die Verschlechterung eingetreten Wertverlust, obgleich der Besitzer auch mit der Klage nach der *lex Aquilia* belangt werden kann. Daher ist es fraglich, ob der Richter den Schaden nur schätzen darf, wenn auf die Klage nach der *Lex Aquilia* verzichtet wird. Und Labeo meint, der Klagër müsse Sicherheit dafür leisten, dass er nicht aufgrund der *lex Aquilia* vorgeht; diese Ansicht ist richtig.)

42 C.A. Cannata, *Corso di istituzioni*, I, zit., 429.

Ein anderes Problem betrifft die mögliche Konkurrenz zwischen der Vindikation und den Vertragsklagen, was nicht seltenen der Fall war, da der Vertragsschließende oft auch der Vindikationskläger war. Es ist umstritten, ob die Vindikationsklage im römischen Recht auch gegen den Innehaber angestrengt werden konnte, wenn diese Innehabung ihm von dem Kläger ermittelt worden ist.

Meiner bescheidenen Meinung nach überzeugt die neue negative Ansicht von Carlo Augusto Cannata, der frühere Betrachtungen von Heinrich Siber erwähnt[43].

Dieser Ansicht nach könne der Kläger, auch wenn Eigentümer, nicht mittels Vindikation vorgehen, sondern nur gemäß der geeignete Personalklage für das Verhältnis, kraft dessen der Beklagte innehatte. Aufgrund dieser Auslegung steht der Legitimationsmangel des Klägers. Wenn der Beklagte kraft eines relativen Verhältnisses mit dem Kläger die Sache innehat, hat er sie darum in des Klägers Namens inne und also der Kläger ist – auch wenn in fremdem Namen – Besitzer. Es erscheint dann logischerweise undenkbar, dass der Kläger eine *res*, die er im Rechtssinn tatsächlich besitzt, aber nicht innehat, vindizieren kann.

Abstract

This article deals with the judicial protection of ownership in Roman law. The focus is on the basic elements of the *rei vindicatio per formulam petitoriam*. First of all, the general structure of the *formula* is explained, in particular the character of the *formula* (abstract or causal?), the *intentio* of the plaintiff with the functions of *arbitratus de restituendo* and of *iusiurandum in litem*, and the *exceptiones* which are at the defendant's disposal. Then, the article briefly examines the plaintiff's burden of proof (medieval lawyers described this as *probatio diabolica*) and the different positions of the plaintiff when he takes the *actio Publiciana*. In the last part of the article the different positions of the defendant depending on whether or not he is *possessor* of the vindicated object at the time of *litis contestatio* are described. In closing, the effects of *condemnatio pecuniaria* and the concurrence of the *rei vindicatio* with other actions are analysed.

43 H. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio, Leipzig, 1907; C.A. Cannata, Corso di istituzioni, I, zit., 421. Dagegen, M. Marrone, Contributi in tema di legittimazione passiva alla „rei vindicatio“, in Studi in onore di G. Scherillo, I, Milano, 1972, 341ff.

PHILOSOPHARI NECESSE EST, SED PAUCIS: JURISTISCHES UND PHILOSOPHISCHES ZUM IRRTUM BEI VERTRAGSSCHLUSS

Martin Josef Schermaier*

„Gehen Sie zu Laurens Winkel, der kennt sich da aus", meinte Theo Mayer-Maly, als die Arbeit an meiner Dissertation an manchen Punkten ins Stocken geraten war. Einen besseren Rat hätte er mir nicht geben können. Ich lernte Laurens am Rande des Rechtshistorikertages kennen, der 1990 in Nijmegen stattfand. Vorher schon hatte ich ihm das Manuskript geschickt und er hatte es aufmerksam gelesen und korrigiert. Gemeinsam gingen wir es dann noch einmal durch, und ich notierte mir, was Laurens empfahl: diese Quelle sollte man berücksichtigen, jene eher mit Vorsicht genießen, dazu sei dieser Aufsatz erschienen und zu jenem Thema gäbe es einen neuen Sammelband. Mein Manuskript war reich verziert, als ich nach Hause fuhr, und mein Kopf voller neuer Gedanken. Nun nahm ich die Endfassung in Angriff, und wenige Monate später konnte ich der Salzburger Fakultät meine Arbeit vorlegen – eine Arbeit, in der auch die Handschrift von Laurens Winkel zu lesen ist[1]*. Ich bin stolz darauf, mich zu seinen Schülern zählen zu dürfen. Ich habe in Laurens aber nicht nur einen Lehrer gefunden, der diesen ersten und die weiteren wissenschaftlichen Schritte wohlwollend und kritisch begleitet hat. Laurens ist auch ein guter Freund geworden, ein Freund im besten Sinne des Wortes. Bei ihm ist immer Rat und Hilfe zu finden, ein ehrliches Wort genauso wie Trost und Zuspruch.*

1. Alter Streit, neue Stimmen

Nun komme ich mit meinem kleinen Beitrag zu seiner Festschrift auf das Thema zurück, zu dem er mir damals, vor beinahe 25 Jahren, so guten Rat und so wertvolle Hilfe geleistet hat. Seltsamerweise haben meine damals publizierten Thesen nur insoweit Resonanz erfahren, als sie sich auf die Deutung von Ulpians Traktat über den *error*

1 Und das gilt nicht nur für den Titel, der auf seinen Rat hin geändert wurde: Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht, 1992.

* Professor ordinarius, Geschäftsführender Direktor des Institut für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 847-857

bei Vertragsschluss beziehen[2] (28 ad Sab., D. 18,1,9; 11 und 14)[3]. Die Ablehnung war beinahe einheitlich. Horst Heinrich Jakobs, ein treuer Flume-Schüler, ist noch heute überzeugt, dass ein Jurist keine Philosophie benötige, um die richtige Differenzierung vorzunehmen und die richtigen Entscheidungen zu treffen[4]. In eine ähnliche Richtung (wenn auch mit anderen Argumenten) ging die Kritik von Jan Dirk Harke: Die für viele (angebliche) Irrtumsentscheidungen maßgebliche Formel *aliud pro alio venisse videtur* habe ausschließlich juristischen, aber keinen philosophischen Gehalt. Einen solchen erlange sie erst „durch eine an Philosophemen ausgerichtete Interpretation". Diese dürfe „jedoch erst dann einsetzen, wenn eine werkimmanente Erklärung von Ulpians Irrtumslehre scheitert"[5].

Sowohl Jakobs als auch Harke scheinen mich missverstanden zu haben. Nie habe ich behauptet, dass die klassischen Juristen ihre Rechtsfragen mit Hilfe philosophischer Konzepte lösen wollten. Mir ging es darum herauszufinden, wie sich das zeitgenössische Denken in juristischen Differenzierungen niederschlug. Wir können nicht so tun, als seien Julian oder Ulpian Anwälte von nebenan gewesen, die mit zwei hervorragenden deutschen Staatsexamen und (vielleicht) einen juristischen Doktorhut ausstaffiert waren. Natürlich dachten und argumentierten die römischen Juristen „juristisch", und weil sie das taten, können wir das Juristische an ihren Argumenten verstehen. Aber ihre Jurisprudenz setzt mitunter bei Sachproblemen an, die diese Juristen anders beurteilten als wir das heute tun. Nicht die Juristerei war eine andere, sondern die Welt, in der diese Juristerei stattfand. Wer Differenzen in der Welterklärung nicht akzeptieren kann, weil er sich seinen Juristen als „selbstbewussten Klassiker"[6] und nicht als „ideologisch verbogen"[7] vorstellt, der sollte zumindest bedenken, dass diese klassischen Juristen ihre Entscheidungen so begründen mussten, dass sie ein Zeitgenosse, der weniger „selbstbewusst" oder „klassisch" oder sonst ideal war, verstehen konnte. Ulpian wollte seinen Kollegen eine Neuerung im Kaufrecht plausibel machen. Plausibilität ist – auch in der Jurisprudenz – keine zeitlose Größe, sondern abhängig von den Rationalitätserwartungen derer, die es zu überzeugen gilt. Also werden diese Erwartungen bedient, etwa indem man moderne Topoi der zeitgenössischen Welterklärung einsetzt. Welche höheren Anforderungen an Rationalität erwarten wir von Ulpian? Wollen wir ihm die Rationalität der Flume'schen

2 Auszunehmen ist die Kritik von *O. Behrends*, Die Spezifikationslehre, ihre Gegner und die media sententia in der Geschichte der römischen Jurisprudenz, ZRG RA 112 (1995), 194ff., die vermutlich anders ausgefallen wäre, wenn Behrends meinen Beitrag in ZRG RA 105 (1988) 436ff. gesehen hätte.

3 Diese drei Fragmente bildeten ursprünglich wohl einen einheitlichen Text, vgl. *O. Lenel*, Palingenesia iuris civilis, Bd. II, Nr. 2714.

4 *H.H. Jakobs*, D. 18,1,11 nach Überwindung der Interpolationistik, ZRG RA 125 (2008), 375, 399f. passim.

5 *J.D. Harke*, Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht, Berlin 2005, 49.

6 *Jakobs*, ZRG GA 125 (2008) 409.

7 So sinngemäß *Jakobs*, ZRG RA 125 (2008) 409.

Irrtumslehre abverlangen, die wiederum auf der „psychologischen“ Irrtumslehre Zitelmanns fußt[8], also im 20. Jahrhundert auch schon überholt war?

Einen philosophischen Einflüssen aufgeschlossenen Ansatz wählte jüngst Dietmar Schanbacher: Er geht davon aus, dass die Unterscheidung von *substantia*, *materia* und *qualitas* bei Ulpian auf stoischer Ontologie baue und schließt daraus, dass er zwischen Substanz- oder Stoffirrtum und Eigenschaftsirrtum nicht unterschieden habe[9]. Dass Ulpian dabei auch noch ein- und zweiseitigen Irrtum gleich behandelte, meint Schanbacher damit erklären zu können, dass Ulpian einem „vorklassischen“ Konsensverständnis folge, das zwischen dem „Gegenstand“, um den es geht, und seiner „Bezeichnung“ (durch den Konsens) noch nicht unterschieden habe. Das wiederum läge daran, dass Ulpian einem vor-stoischen Begriffsverständnis, kurz „archaischem Denken“ folge, das „Gegenstand“ (τυγχάνον), “Bezeichnendes“ (σημαῖνον) und „Bezeichnetes“ (σημαινόμενον) noch nicht voneinander unterschieden habe[10]. Das klingt nur auf den ersten Blick plausibel, denn Schanbacher sieht zu wenig auf die juristische Seite von Ulpians Irrtumstraktat, das von der voraufgehenden Diskussion über Wirksamkeit und Klagbarkeit von Verträgen abhängt, bei denen *aliud pro alio* geleistet wurde. Andererseits meint er Ulpians Behandlung der Irrtumskategorien auf die stoische Ontologie zurückführen zu können, auf eine Lehre also, die es nicht erst in römischer Zeit schwer hatte, sich von der aristotelischen Physik und Metaphysik abzugrenzen. Beide Aspekte sind getrennt zu untersuchen.

2. Irrtum als Konsensproblem?

2.1 *Aliud pro alio*

Bei der Suche nach einer Verbindung zwischen *consensus* und *error* sind viele scharfsinnige Lösungen präsentiert worden. Die meisten Erklärungen (auch meine eigene[11]) orientieren sich aber zu sehr am modernen Konsensverständnis und gehen außerdem von einem einheitlichen, über die klassische Zeit hinweg bestehenden Modell aus. Den richtigen Weg hat Apathy eingeschlagen: Er behandelt Ulpians Irrtumstext als Endpunkt einer seit der späten Republik geführten Diskussion über Fälle, in denen der Käufer etwas anderes erhält, als er auf Grund des Kaufvertrags erwartete (*aliud pro*

8 Eingehend dazu *M.J. Schermaier*, Eigenschaftsirrtum und Kauf: Werner Flume rechtsgeschichtlich, verfügbar unter *<<http //www.forhistiur.de/zitat/0903schermaier.htm>>*, dort vor allem Rn. 16ff.; über die Polemik, die Jakobs („Eigenschaftsirrtum und geschichtliche Rechtswissenschaft“) dazu in der Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2011, 1243ff., übrig hatte, sollte man sich ein eigenes Bild machen. Der Ton, den Jakobs hier fand, verrät seine Hilflosigkeit in der Sache.

9 *D. Schanbacher*, Ulpians Lehre vom error in substantia und die stoische Ontologie, in: K. Muscheler (Hrsg.), Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs, Berlin 2011, 521ff.

10 *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 533.

11 *M.J. Schermaier*, Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht, ZRG RA 115 (1998) 235ff.

alio)[12]. Ulpians Irrtumslösung soll jene älteren Regelungen ergänzt haben, und das dürfte, auf freilich etwas andere Weise als Apathy annahm, in der Tat zutreffen.

Aus der republikanischen Tradition reichen zwei Regelungen in die klassische Zeit: der aus den formalen Verkehrsgeschäften[13] erwachsene Satz *nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi*[14] und das ädilizische Mängelrecht. Beide Regelungen wurden vielleicht schon in der Frühklassik in die Praxis der *actio empti* übernommen[15] und stehen hier schwer unterscheidbar nebeneinander. Ihre Konkurrenz wurde dadurch verschärft, dass die Gefahr mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Käufer überging, nach beiden Regimen also nur solche Fälle zu entscheiden waren, in denen die Kaufsache schon bei Vertragsschluss nicht dem entsprach *quod actum est*. Das „was ausgemacht war" entschied darüber, wie sich die Käufer die Kaufsache vorstellen durfte und ob die tatsächlich geleistete Sache von der Vereinbarung abwich. Nicht der *consensus* bestimmt die Leistungspflichten, sondern die *bona fides*, die auf der Grundlage des *id quod actum est* das Verhalten des Schuldners normiert[16]. Dieser prozessuale, an der Klageformel orientierte Zugriff erlegte dem Käufer auf zu beweisen, was bei Vertragsschluss vereinbart war oder was üblicherweise bei Käufen dieser Art als vereinbart gilt und was deshalb Vertragsgegenstand ist (*quidquid ... dare facere oportet*)[17]. An der Frage, ob die Sache, die verkauft sein sollte, tatsächlich existierte, oder ob sie zwar existierte, aber nicht in der vereinbarten Beschaffenheit, unterschied man: Hatte der Verkäufer eine bestimmte Beschaffenheit zugesichert, haftete er jedenfalls aus dem Kauf oder aus der Garantiestipulation; wenn nicht, gewährte man dem Käufer die *actio empti* nur[18], wenn die Sache nach allgemeiner Auffassung überhaupt vorlag[19]. Lag sie nicht vor, blieb dem Käufer die *condictio* auf einen etwa gezahlten Kaufpreis[20]. An diesem Punkt kommt die Weltsicht der römischen Juristen ins Spiel: Wann existiert etwas, wann nicht? Dass

12 *P. Apathy*, Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht, ZRG RA 111 (1994) 95, 137ff.

13 Dazu *M.J. Schermaier*, Anfängliche Unmöglichkeit und Kauf, in: J.M. Rainer (Hrsg.), Vis ac potestas legum. Liber amicorum Zoltán Végh, Frankfurt 2010, 139ff.

14 D. 18,1,8 pr. (Pomp. 9 ad Sab.).

15 So *E. Parlamento*, Labeone e l'estensione della redhibitio all'actio empti, Riv. Diritto Romano 3 (2003), passim, *www.ledonline.it/rivistadirittoromano/*. Zurückhaltender *E. Jakab*, Diebische Sklaven, marode Balken, in: M.J. Schermaier (Hrsg.), Verbraucherkauf in Europa, München 2003, 27, 32ff.; *N. Donadio*, La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti, Milano 2004, 141ff.; vgl. schon *H. Honsell*, Quod interest im bonae fidei iudicium, München 1968, 79ff.; *Apathy*, (Fn. 12) 98ff.

16 Vgl. dazu *U. Babusiaux*, Id quod actum est, München 2006, 165ff., 169.

17 Dazu *B. Schmidlin*, Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess, in: M. Harder/G. Thielmann (Hrsg.), De iustitia et iure. FG für Ulrich v. Lübtow, Berlin 1980, 359ff., 370.

18 Seit der berühmten Unterscheidung Julians zwischen einem wissenden und einem unwissenden Verkäufer wird deutlich zwischen Erfüllungshaftung und Redhibition unterschieden; vgl. D. 19,1,13 pr. (Ulp. 32 ad ed.).

19 Entscheidend ist diese Frage etwa in D. 18,1,57 (Paul. 5 ad Plaut.) und in D. 18,1,58 (Pap. 10 quaest.). Auch in D. 18,1,45 (Marc. 4 reg.) wird diese Frage implizit beantwortet: *vestimenta interpola* sind als *nova* verkauft worden. Ein Kaufgegenstand lag vor, weshalb der Kauf gültig ist und der Verkäufer haftet. Zu Unrecht zweifelnd *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 525 Fn. 29.

20 Etwa D. 18,1,41,1 (Iul. 3 ad Urs. Fer.); D. 18,1,57 pr. (Paul. 5 ad Plaut.); D. 18,4,8 (Iav. 2 ex Plaut.).

man diese Frage nach der modernen Physik[21] oder Sprachtheorie[22] beantwortete, wird niemanden überraschen. Die Existenz einer Sache ist keine juristische, sondern eine „philosophische" Frage, die geklärt sein muss, ehe man die juristische Wertung ansetzt. Soweit sich aus den Quellen rekonstruieren lässt, ging man von der Existenz eines Kaufgegenstands aus, wenn wenigstens ein noch so kleiner Teil (*quantacumque pars*) von ihm vorhanden war[23].

2.2 Leistungsstörung als Konsensproblem?

Das Ausbleiben der Leistung oder die Leistung einer vom *quod actum est* abweichenden Sache wird seit der Mitte des 2. Jahrhunderts, vermutlich[24] seit Marcellus, unter dem Blickwinkel einer Fehlvorstellung (*error*) einer oder gar beider Parteien betrachtet[25]. Eine Schlüsselrolle nimmt dabei D. 44,7,57 ein, wo Pomponius[26] den *error* einer Partei auf das *quod actum est* bezieht, dann aber die auseinandergehenden Vorstellungen der Parteien als Konsensfehler bezeichnet[27]. Hier wird der Übergang von der traditionellen Sicht, dass *aliud pro alio* geleistet wird, zur neuen Deutung, dass der eine dieses, der andere jenes denkt, greifbar. Für den Irrenden „scheint" auch hier *aliud pro alio* geleistet zu werden. Die prozessuale Frage nach dem *dare facere praestare oportere*, wird nach „innen" verlegt, in die Vorstellung der beteiligten Parteien. Daher geht es nicht mehr um die Abweichung der Leistung von der Verbindlichkeit, sondern um die Begründung der Verbindlichkeit. Diese neue Perspektive ist nur möglich auf der Grundlage eines aufgewerteten *consensus*. Er ist nicht mehr nur – wie noch im Lehrbuch des Gaius[28] – gemeinsames Merkmal der formfrei geschlossenen Verträge, sondern ergänzt die traditionellen Deutungen des Vertragsschlusses (*convenire* oder *contrahere*) um den Aspekt des gemeinsamen Denkens (*con-sentire*)[29]. Noch ist der *consensus* nicht Produkt zweier (oder mehrerer) Willen, er ist *ein* Rechtsakt, an dem allerdings mindestens zwei Personen beteiligt sind[30]. Doch betont, wer ihn in dieser Form (und nicht als bloßen Ordnungsbegriff) verwendet, nicht mehr die Verabredung, das *quod actum est*, sondern

21 Dazu noch u. 3.1.

22 Daran könnte man bei D. 18,1,45 (Marc. 4 reg.) denken: „Kleider" sind „Kleider", ob alt oder neu spielt dafür keine Rolle; kein Hinweis bei *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 524f.

23 Vgl. D. 18,1,57,1 (Paul. 5 ad Plaut.); D. 18,1,10 (Paul. 5 ad Sab.).

24 Wenn man dem Bericht in D. 18,1,9,2 (Ulp. 28 ad Sab.) glaubt.

25 Neben Pomponius (s. sogleich) möglicherweise schon Celsus, doch ist der Hinweis in D. 41,2,34 pr. (Ulp. 7 disp.) zu vage, um auf eine Verbindung von *errare* und *consensus* zu schließen.

26 Gegen Interpolation zu Recht *Harke*, Si error (Fn. 5) 90f.; allerdings stimme ich der Deutung Harkes (Sonderfall im Recht der *societas*, S. 93f.) nicht zu.

27 D. 44,7,57 (Pomp. 36 ad Quint. Muc.): *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consisist.*

28 Gai. inst. 3,136; vgl. auch D. 45,1,35,2 (Paul. 2 ad Sab.), wo Paulus möglicherweise Sabinus referiert.

29 Genauer *M.J. Schermaier*, From Non-performance to Mistake in Contracts: The Rise of the Classical Doctrine of Consensus, in: A.J.B. Sirks (Hrsg.), Nova ratione, 2014, 107, 110ff (im Druck).

30 Dazu genauer *M.J. Schermaier*, Anachronistische Begriffe, oder: „Nichtrömisches" im Römischen Irrtumsrecht, in: P. Pichonnaz (Hrsg.), Autour du droit des contrats, Genf/Zürich 2009, 49, 73ff.

die gemeinsame Absicht, die den Vertragsschluss trägt. Der Kläger musste nach wie vor beweisen, worauf man sich denn „geeinigt" hat, wenn er aus diesem *consensus* Ansprüche ableiten wollte. Die Vertragsdogmatik konnte sich aber von der Prozesssituation lösen und allgemein überlegen, was ein wirksamer *consensus* erfordert.

Mit einem solcherart „materiellen" Konsensbegriff kann man auch das in den älteren Quellen häufig erwähnte *errare* oder (häufiger) *ignorare* einer Vertragspartei einordnen. Mit einiger Wahrscheinlichkeit steht hinter dieser Verbindung von „Nicht-erkennen" und „Übereinstimmen"[31] die aristotelische Handlungslehre[32], die auch für die allgemeinen Überlegungen der hoch- und spätklassischen Juristen über die *ignorantia facti vel iuris* Vorbild gewesen sein dürfte[33]. Wenn, wie Laurens Winkel angenommen hat, die aristotelische Lehre schon Labeo bekannt war[34], wundert man sich aber, dass die Figur des vertraglichen Irrtums erst in der Klassik entwickelt wurde. Vom Einfluss des Irrtums auf rechtlich relevante Handlungen hören wir zuerst, doch schon in allgemeiner Form, von Pomponius: *errantis voluntas nulla*[35]. Etwa zur selben Zeit soll Julian argumentiert haben, dass Irrtum die Übereinstimmung der Parteien bei der Auswahl des Gerichtsstands hindere: *error non habet consensum*[36]. Hier klingt an, was wir spätestens bei Marcellus auch im Vertragsrecht hören: nicht das *quod actum est* entscheidet über Zustandekommen und Inhalt des Vertrags, sondern das zwischen den Parteien erzielte Einverständnis.

Was war geschehen? Ist es der klassische Genius, der diese Juristen so denken lässt, wie wir es heute für selbstverständlich halten? Die „Entdeckung des Willens" im privatrechtlichen Handeln wird durch die zeitgenössische Philosophie gefördert, womöglich veranlasst gewesen sein. In den Schriften Epiktets und Marc Aurels gewinnt das selbstverantwortliche Handeln, das individuelle Wollen, das sich dem *fatum*, dem Vorherbestimmten, entziehen kann, deutlichere Gestalt[37] als noch bei Seneca[38]. Das bedeutet aber auch, dass, wer sich als Jurist im Kreis der Intellektuellen nicht blamieren

31 Für diesen Zusammenhang etwa D. 33,5,8,2 (Pomp. 6 ad Sab.): … *quia non videor consentire, qui sentire non possim.*

32 Vor allem Aristot. eth. Nic. III 1109 b 30ff.

33 Vgl. die paulinische Monographie *de iure et facti ignorantia*, D. 22,6,9.

34 *L. Winkel*, Error iuris nocet: Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung, Zutphen 1985, 68ff. zu Labeo in D. 22,6,9,3 (Paul. iur. et facti ign.), vermittelt über Rhet. Her. 2,24.

35 D. 39,3,20 (Pomp. 34 ad Sab.), der damit begründet, warum eine aus Irrtum oder Unwissenheit begangene Duldung nicht schade.

36 Doppelt überliefert: D. 2,1,15 (Ulp. 2 omn. trib.): *cum, ut Iulianus scribit, non consentiant qui errent*; D. 5,1,2 pr. (Ulp. 3 ad ed.): *error enim litigatorum, ut Iulianus quoque libro primo digestorum scribit, non habet consensum*.

37 Vgl. *R. Dobbin*, Prohairesis in Epictetus, Ancient Philosophy 11 (1991), 213ff.; *S. Bobzien*, Did Epicurus Discover the Free Will Problem? in: Oxford Studies in Ancient Philosophy 19 (2000) 287ff.; *R.S. Braicovich*, Proairesis, libertad y liberacion en las disertaciones de Epicteto, Revista de Filosofia 58 (2008), 7ff.; *R. Hofmeister Pich*, Prohaíresis und Freiheit bei Epiktet, in: J. Müller/R. Hofmeister Pich (Hrsg.), Wille und Handlung in der Philosophie der Kaiserzeit und Spätantike, Berlin/New York 2010, 95ff.

38 Dazu etwa *R. Zöller,* Die Vorstellung vom Willen in der Morallehre Senecas, München/Leipzig 2003; allgemeiner zur stoischen Willenslehre *A.A. Long*, Freedom and Determinism in the Stoic Theory of Human Action, in: A.A. Long (Hrsg.), Problems in Stoicism, London 1996, 173ff.; *S. Bobzien*, Determinism and Freedom in Stoic Philosophy, Oxford 1998; *Eadem*, The Inadvertent Conception and Late Birth of the Free-Will Problem, Phronesis 43 (1998) 133ff.

wollte[39], auch die innere Seite der Tatsachen in seine Überlegungen mit einbeziehen musste, die es im Prozess zu beweisen galt. Dafür geben die Juristentexte seit der Mitte des 2. Jahrhunderts ein deutliches Signal. Sie scheinen die „Willenstheorie" zu reflektieren, die die zeitgenössische Philosophie bewegte.

2.3 *Si ambo errarent*

Wenn es aber nicht mehr Falschlieferung und *quod actum* waren, woran die juristische Argumentation anknüpfte, sondern *consensus* und *error*, dann fragt sich sogleich, warum die klassischen Juristen ein- und zweiseitigen Irrtum gleichermaßen als Konsensfehler ansahen. Vom Standpunkt der heutigen Rechtsgeschäftslehre, die bei gemeinsamem Irrtum ja Konsens annimmt, ist diese Frage berechtigt, und so sind – zumindest für die deutsche Romanistik – die einschlägigen Texte ein steter Stein des Anstoßes[40]. *Si ambo errarent*, so modifiziert Ulpian in D. 18,1,14 den Sachverhalt gegenüber den vorhergehenden Überlegungen zum konsensausschließenden Irrtum. Die Rechtsfolge aber ist dieselbe: wenn der Aspekt, über den geirrt wurde, für vertragswesentlich gehalten wird, verhindert auch der gemeinsame Irrtum den *consensus*. Schanbacher diagnostiziert zu Recht, dass Ulpian einem „wirklichkeitsabhängigen Konsensbegriff" verwandte[41]. Andere Juristen, etwa Paulus, sollen aber einen von der Wirklichkeit unabhängigen Konsens gekannt haben[42]. Ulpians Position gehe deswegen wohl auf eine alte, möglicherweise auf Quintus Mucius gründende Tradition zurück, die „noch nicht die stoische Einsicht rezipiert" habe, dass Bezeichnetes und Bezeichnendes zu unterscheiden sind[43].

2.4 Die klassische Vorstellung vom Vertragskonsens

Diese Erklärung ist wenig plausibel. Zunächst ist Paulus wohl kein Vertreter eines „wirklichkeitsunabhängigen Konsensbegriffs", denn die beiden einschlägigen Texte erwähnen den *consensus* nur beiläufig. Sowohl in D. 18,1,15 (*et si consensum fuerit in corpus* ...) als auch in D. 19,1,21,2 (*quamvis supra diximus* ...) klingt es so, als hätten die Kompilatoren einen Anschluss an Ulpians Irrtumstraktat gesucht[44]. Im Übrigen erweist sich Paulus in beiden Texten und in anderen, in denen er Fälle des *aliud pro alio* erläutert[45], als Anhänger der traditionellen Lehre, dass ohne Sache ein Kaufvertrag nicht zustande kommt. Nicht Ulpian also, sondern Paulus, scheint Traditionalist

39 Wie der anonyme Jurist, den Gellius mit einer (allerdings: historischen) Frage konfrontierte (Gell. 16,10); dazu *D. Nörr*, Der Jurist im Kreis der Intellektuellen: Mitspieler oder Außenseiter?, in: D. Medicus/H.H. Seiler (Hrsg.), Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag, München 1976, 57ff.

40 Die einen (wie Flume, Jakobs, Ernst) verlegen sich darauf, den einseitigen Irrtum überhaupt als unbeachtlich anzusehen; andere (wie Wolf) halten die einschlägigen Texte (zumindest, soweit es um den einseitigen Irrtum geht) für interpoliert; wieder andere – wie jüngst *Harke* (Si error (Fn. 5) 32, 78f. passim) – bestreiten den Zusammenhang von *consensus* (als Abschlussmodalität) und der Berücksichtigung des *error*.

41 *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 528ff.

42 *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 534.

43 *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 533.

44 Skeptisch insoweit (bezüglich D. 19,1,21,2 mit weiteren Gründen) auch *Apathy*, (Fn. 12) 130ff.

45 Dazu zählt insb. D. 18,1,57 (Paul. 5 ad Plaut.); dasselbe gilt für Papinian, D. 18,1,58 (Pap. 10 quaest.).

gewesen zu sein, der sich mit der neumodischen Willenslehre nicht abgeben wollte. Der von Schanbacher so genannte „wirklichkeitsabhängige“ Konsensbegriff, der einen Konsens auch dann scheitern sieht, wenn beide zwar dasselbe wollen aber damit die „Wirklichkeit“ nicht treffen, erklärt sich zwanglos aus dem römischen Konsensverständnis. *Consensus* ist die willensgetragene Seite der *conventio*, die Ulpian selbst – Pedius folgend – als: *... ex diversis locis in unum locum colligere et venire*[46] beschreibt. Wenn nun beide gleichermaßen „herumirren“[47], dann treffen sie sich zwar, aber nicht am beabsichtigten Punkt. Was erreicht werden soll, wird verfehlt. Dieses aus heutiger Sicht „naturalistische“ Verständnis des *consensus* hilft den klassischen Juristen aber auch, die alte Regel, dass ohne Kaufsache kein Kaufvertrag zustande kommt, in die neue Konsenssprache zu übertragen: Hätte man, wenn beide sich über die Existenz oder Verkehrsfähigkeit der Sache irren, einen wirksamen Vertrag angenommen, wäre man mit der alten Regel (vgl. D. 18,1,8 pr.) unweigerlich in Konflikt geraten. Aus heutiger Sicht hätte das allerdings auch zwei Vorteile gebracht: man hätte den Verkauf *sine re quae veneat* nicht mehr von den Gewährleistungsfällen unterscheiden müssen und man hätte dem enttäuschten Käufer in beiden Fällen die Vertragsklage gewähren können. Gerade aber weil man für begründungsbedürftig hält, ob und unter welchen Voraussetzungen dem (unwissenden) Käufer einer nichtexistierenden oder *extra commercium* stehenden Sache eine Klage zusteht, unterstreicht, dass niemand[48] – auch nicht Paulus[49] – den Konsens zum Vertragsschluss genügen ließ.

Eine „philosophische“ Erklärung von Ulpians Konsens-Begriff ist also nicht erforderlich, schon gar nicht ein Rückgriff auf „vorstoische“ und also „archaische“ Vorstellungen. Der römische Konsensbegriff spricht für sich: seine Nähe zur bildlichen Vorstellung des *convenire* ist ebenso greifbar, wie die Treue zu dem wohl tatsächlich „archaischen“ Satz, dass ohne Sache ein Kaufvertrag nicht geschlossen werden kann. Diese aus *mancipatio* und *in iure cessio* erwachsene Regel haben die Römer nie aufgegeben.

3. *Materia* und *qualitas*

3.1 Vertragsnichtigkeit oder Gewährleistung?

Mit dieser Regel erbte Ulpians Irrtumslehre[50] aber auch ein Problem, das schon den Scharfsinn vorhergehender Juristengenerationen herausforderte: Worüber muss konsentiert werden, damit der Kaufvertrag gültig bleibt und ein Gewährleistungsanspruch

46 D. 2,14,1,3 (Ulp. 4 ed.); dazu jetzt *Schermaier*, Rise of Consensus (Fn. 29) 112ff.

47 Insoweit übersetzt *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 532, *errare* richtig als „Abirren vom rechten Wege“; vgl. *K.H. Georges*, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch, Bd. 1, Sp. 2458.

48 Einschlägige Texte von Iavolen (D. 18,4,8), Ulpian (D. 11,7,8,1) und Modestin (D. 18,1,62,1).

49 Vgl. D. 18,4,7 (Paul. 14 ad Plaut.); anders aber D. 18,4,9 (Paul. 33 ad ed.), wobei Paulus hier – ähnlich wie Modestin – die Kaufklage (Rückzahlung des Kaufpreises als Haftung auf das *quod interest*) an Stelle der *condictio* gewährt hat.

50 Trotz der erwähnten Vorläufer bezeichnen wir den Konnex von *error* und *consensus* als eine Lehre Ulpians; nur in D. 18,1,9; 11 und 14 nämlich ist uns diese Lehre zusammenhängend überliefert.

des Käufers möglich? Für die Abgrenzung von Verkäufen nicht existierender von solchen mangelhafter Sachen gibt es zahlreiche Zeugnisse: D. 18,1,41,1 zählt dazu, ebenso D. 18,1,45 und D. 19,1,21,2 und auch das schon wiederholt angesprochene Fragment D. 18,1,57. Darin finden sich keine Konsensentscheidungen[51], sondern solche, in denen entschieden werden muss, ob Vertragsnichtigkeit (Kauf *sine re*) oder Gewährleistungshaftung gelten soll. Diejenigen, die das *quod actum est* mit dem *consensus* auffüllten, die also nicht prozessual, sondern dogmatisch über solche Fälle dachten, entkamen dem alten Dilemma nicht. Auch sie mussten entscheiden, ob der *error* so gravierend war, dass *dissensus* vorlag, oder ob er hinnehmbar war, den *consensus* nicht beeinträchtigte und deshalb die Vertragsklagen gewährt werden konnten. Dem Streit um die richtig gezogene Grenze verdanken wir Ulpians Irrtumstraktat. Hätte es diesen Streit nicht gegeben, wäre der Text kaum auf uns gekommen.

Für Marcellus genügte die Einigung über das *corpus* des Kaufgegenstandes; ob er womöglich aus anderem Stoff war, sollte keine Rolle spielen. Dagegen hielt Ulpian, auch über die *substantia* oder die *materia* der Sache müsse man sich einigen. Würde sie verfehlt, sei der Kaufvertrag nichtig. Dafür gibt es einleuchtende wirtschaftliche und rechtliche Gründe: ein Haus konnte zerstört sein, oder nur halbwegs intakt (D. 18,1,57), ein Tisch konnte aus Silber hergestellt sein oder nur mit Silber verkleidet (D. 18,1,41,1), ein Armreifen aus Gold oder aus Bronze (D. 18,1,14). Wie aber sollte man den Irrtum über den Stoff abgrenzen von den etablierten, in manchen Bereichen typisierten Fällen mangelhafter Leistung? Ulpian blieb hier bei der traditionellen Unterscheidung: War die Sache von ganz anderem Stoff, war der *consensus* verfehlt; hier lag ein *error in materia* vor. War der Stoff allerdings nur schlechter (*deterior*)[52] als vorgestellt, blieben dem Käufer Gewährleistungsansprüche; ein solcher *error in qualitate* berührte den *consensus* nicht.

3.2 Welterklärung und rechtliche Wertung

Ich hatte versucht, die Unterscheidung zwischen *error in qualitate* und *error in substantia* vor dem Hintergrund der zeitgenössischen Physik und Kategorienlehre zu deuten[53]. Dabei wollte ich nicht zeigen, dass Ulpian philosophische Grundsätze in seinen Irrtumskategorien umsetzt, denn die Abgrenzung von Unmöglichkeits- und Gewährleistungsfällen ist ein ererbtes juristisches Problem. Doch mit dem Einsatz der Begriffe *substantia*/*materia* und *qualitas* weist Ulpian auf eine vorrechtliche Autorität hin, die seine Unterscheidung – sollte sie manchen als willkürlich erscheinen[54] – unterstützt: auf die Welterklärung durch die modernen Wissenschaft. Doch wessen Wissenschaft war das? Ich hatte mich seinerzeit dafür ausgesprochen, in der Unterscheidung von *materia* und *qualitas* sei eher

51 Wenn man den römischen Konsensbegriff anlegt; anders *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9), 524ff. (zu Marcian und Julian).

52 Vgl. D. 18,1,10 (Paul. 5 ad Sab.): *Alter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret tunc enim emptio valet*.

53 Materia (Fn. 1) 138ff., bes. 144ff.

54 Marcellus ist einer von denen, die Ulpian widersprechen würden; *O. Lenel*, Der Irrtum über wesentlichen Eigenschaften, in: AcP 123 (1925), 161, 175f. widersprach noch vor 80 Jahren; dazu Materia (Fn. 1) 149.

peripatetische Ontologie als stoische Physik zu sehen[55] – obwohl, wie ich umfangreich belegte[56], die Grenzen zwischen beiden in den ersten zwei Jahrhunderten kaum zu ziehen sind: Sowohl ideengeschichtlich als auch begrifflich überlappen sich stoische und aristotelische Kategorienlehre, außerdem ist die stoische Lehre jener Zeit vorwiegend über peripatetische oder akademische Quellen zu erschließen. Dass ein *error in materia* beachtlich sei, ließ sich aus dem peripatetischen Ansatz dann begründen, wenn man nicht auf den Stoff der Metaphysik (der als ὕλη bloße Möglichkeit des Seins ist)[57], sondern auf die Substanz (ουϲία), die erste aristotelische Kategorie als ursprünglichste Form des Seins, abstellt[58]. Das „So-beschaffen-Sein", das, was Ulpian womöglich *qualitas* nannte, zählt kategoriell zu den Akzidentien, zu den die Substanz näher bestimmenden Qualitäten. Diese Vorstellung scheint sich in D. 18,1,9,2 und 14 wiederzufinden: der Konsens über die *materia* ist erforderlich, um den Kaufgegenstand eindeutig zu bestimmen, der Konsens über die *qualitas* ist es nicht.

An Versuchen, Ulpians Irrtumskategorien der stoischen Lehre zuzuordnen, hat es seit Gothofredus nicht gefehlt. Gerade die Gegenüberstellung von *corpus* und *qualitas* trägt stoische Züge[59]. Alleine, es stört die Prominenz des *error in substantia*/*materia*. Natürlich kann, wie Schanbacher ausführlich darlegt, diese kategorielle Trias auch auf stoischer Lehre beruhen[60]. Doch οὐσία, ein Begriff, den Ulpian selbst verwendet und offenbar mit *substantia* gleichsetzt, klingt eher nach aristotelischer 2. Kategorie als nach stoischer πρῶτη ὕλη. Im Übrigen aber hatte schon Wieacker bemerkt, dass in Ulpians Traktat „stoische Substanz- und peripatetische Kategorienbegriffe schwer unterscheidbar" zusammenwirken[61]. Gegen Schanbachers These spricht auch, dass er, der stoischen Kategorienlehre folgend, keinen Unterschied zwischen *error in materia* und *error in qualitate* sehen will. Dieser Unterschied liegt aber aus rechtlichen Gründen auf der Hand, denn hier verläuft die Grenze zwischen Existenz- und Beschaffenheitsfällen, die Ulpian aus der Warte vertraglichen Konsenses erfassen will. In der Sache gesteht Schanbacher den Unterschied ein, wenn er gegen Ende seiner Arbeit einräumt, dass im Fall der verkauften *viriola*, die *aurum aliquid habuit*, kein „reiner" Substanzirrtum vorliege, weshalb Ulpian den Kauf für gültig hielt[62]. Das, was Schanbacher keinen „reinen" *error in substantia* nennt, ist aber gerade der Irrtum über eine akzidentielle Qualität, die *qualitas* im Sinne Ulpians: golden ist die Spange ja, aber eben von schlechterem Gold als konsentiert. Dass Ulpian *error in qualitate* und *error in materia* zu Beginn von D. 18,1,14 in einem Atemzug nennt, tut der Differenzierung keinen Abbruch. Es geht Ulpian hier ja nicht nur und nicht einmal vorrangig um diese Differenzierung, sondern

55 Materia (Fn. 1) 153.

56 Materia (Fn. 1) 144ff.

57 Aristot. met. 1042 a 27; w.H. in Materia (Fn. 1) 65ff. (ebenso zu begrifflichen Unschärfen schon in der Metaphysik des Aristoteles).

58 Aristot. cat. 2 a 11ff.

59 Vgl. Materia (Fn. 1) 146f.

60 *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 536ff.

61 *F. Wieacker*, Spezifikation. Schulprobleme und Sachprobleme, in: FS Ernst Rabel, Bd. II, Tübingen 1954, 263, 284.

62 Vgl. *Schanbacher*, FS Liebs (Fn. 9) 540.

um die Behandlung eines Falls gemeinsamen Irrtums: *Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent*? Im Folgenden zeigt er, dass Stoff- und Eigenschaftsirrtum beim gemeinsamen Irrtum gleichermaßen unterschieden werden, wie beim einseitigen Irrtum des Käufers (D. 18,1,9,2 und 11).

4. Epilog

Problem und Lösung von Ulpians Irrtumstraktat sind also genuin juristisch, für die entscheidende Frage, woran sich die Existenz einer Sache entscheidet, greift er aber auf zeitgenössische Philosophie zurück. Die beiden zu Beginn gestellten Fragen lassen sich damit recht zwanglos beantworten. Doch ohne den philosophischen Hintergrund der Entscheidungen zu kennen, ist Ulpians Irrtumstraktat heute nicht mehr zu verstehen. Wir mögen es mit zeitloser Jurisprudenz zu tun haben, aber ihr zugrunde liegt zeitgebundene Weltsicht. Den modernen Verfechtern einer klassisch reinen Lehre ist aber darin beizupflichten, dass man über der Philosophie nicht auf die Feinheiten juristischer Distinktionen vergessen sollte: Für die römischen Juristen galt vielleicht, was Ennius dem Neoptolemos, Sohn des Achilles, in den Mund gelegt hat: Philosophie ist notwendig, aber nicht zu viel[63].

Abstract

Most Romanists who studied the role of mistake in the formation of a contract are puzzled by the fact that both unilateral and common mistakes should cause *dissensus*. Another surprise is the distinction between mistake as to the material of a thing and mistake with regard to its qualities. Today we are used to think different: common mistakes create *consensus*, the same thing can be made of different materials which is a question of quality. These two different questions have one thing in common: the Roman view has been influenced by contemporary philosophy and thereby developed quite peculiar solutions. This contribution aims at identifying the legal and the philosophical grounds of the Roman solutions in order to show that philosophy is only the background for thorough legal arguments. The starting point is D. 18,1,9; 11, 14 (Ulp. 28 ad Sab.) which has been discussed vividly by Romanists (especially German Romanists) in the last decades.

63 Cic. Tusc. 2,1: *Neoptolemus quidem apud Ennium philosophari sibi ait necesse esse, sed paucis; nam omnino haud placere*, vgl. auch Cic. de orat. 2, 156; rep. 1,30; Gell. 5,15,9 und 5,16,5.

PONTIUS PILATUS OP DE LITHOSTROTOS

Eltjo J.H. Schrage*

1. Inleiding

Pontius Pilatus zette zich neer op de rechterstoel, op de plaats genaamd Lithostrotos, in het Hebreeuws genaamd Gabbatha. Aldus vertelt de Evangelist Johannes (Joh. 19:13). Pontius Pilatus was kort na het begin van onze jaartelling gedurende een tiental jaren Romeins stadhouder over het land Israel (A.D. 26-36), maar zijn naam is tot op de huidige dag overbekend. Als stadhouder had hij kennelijk een rechtsprekende functie; de wijze waarop Pilatus die functie vervulde, roept echter tot op de huidige dag talloze vragen op. Hij was het immers die, gezeten in het rechthuis, geen schuld in Jezus Christus vond, maar Hem desalniettemin uiteindelijk toch overgaf om gekruisigd te worden.[1] In de op het Evangelie van Mattheus teruggaande traditie (Matt. 27:19) was hij nog zo gewaarschuwd door zijn vrouw: 'Laat je niet in met die rechtvaardige! Om hem heb ik namelijk vannacht in een droom veel moeten doorstaan', maar tevergeefs. Volgens Lucas had Herodes Antipas kennis genomen van de zaak en had ook deze de onschuld van Jezus vastgesteld, maar dat bracht Pontius Pilatus niet tot andere gedachten. Diens naam werd dan ook spreekwoordelijk. Hij waste zijn handen in onschuld, maar tegelijkertijd droeg hij uiteindelijk de verantwoordelijkheid voor de Romeinse toestemming tot de kruisdood van Jezus. W.G. de Vries heeft erop gewezen, dat de procedure voor de Romeinse overheid weinig van een strafproces heeft, meer van een bestuurshandeling.[2] Ook al wordt in het Grieks de technische term voor tenlastelegging (categoureia) gebruikt, als Pilatus aan degenen die Jezus aan hem overleveren de vraag stelt, welke beschuldiging zij tegen hem inbrengen, voldoet die vraag allerminst aan de elementaire

1 Daarover E.J.H. Schrage, Het pad der gerechtigheid. Bijbel, recht en picturale kunst als hoekstenen van civilisatie en cultuur, Amsterdam 2005, pp. 95-110, een bewerking van: Rode draad 'historische rechtszaken', het proces Jezus, in: Ars Aequi, Juridisch Studentenblad 52 (2003), pp. 355-364.

2 W.G. de Vries, De dood van Jezus van Nazareth in het licht van geschiedenis en rechtspraak. Een historische en juridische beschouwing van de gebeurtenissen in de laatste dagen van het leven van Jezus van Nazareth, Kampen 1967.

* Buitengewoon hoogleraar, Nelson Mandela Metropolitan University, Port Elizabeth; Raadsheer plaatsvervanger, Gerechtshof, Amsterdam; Hoogleraar Privaatrecht, Universiteit van Amsterdam tot 2010; Hoogleraar Romeins Recht, Vrije Universiteit tot 1998.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 858-870

vereisten die ook de Romeinen aan een tenlastelegging plachten te stellen. Het is naar de mening van De Vries dan ook de bestuurder, de man die belast is met de handhaving van de openbare orde, die naar buiten treedt en staande voor zijn residentie aan het voor hem vergaderde volk meedeelt de gevangene voor onschuldig te houden: 'Ik vind geen schuld in Hem.' Was het de angst voor het murmurerende volk die Pontius Pilatus het ingaf om eerst te pogen via een truc, de omweg van de vrijlating van Barabas, toch tot vrijspraak voor Jezus te geraken, of was het machtswellust die hem tot het doodvonnis bracht? Een van de opvallende kenmerken van de onderscheiden beschrijvingen van het proces Jezus is wel het raadselachtig karakter van de procedure, zeker als men een vergelijking tracht te trekken met de in het tractaat Sanhedrin neergelegde voorschriften. Dit tractaat is onderdeel van de Talmoed en behelst gegevens omtrent de competentie en de rechtsgang van Joodse rechterlijke instanties. Het is echter pas rond 400, dus enige eeuwen na de Evangeliën opgeschreven. Toepassing daarvan op de beschrijvingen van het proces tegen Jezus in de vier Evangeliën leidt tot een bizar resultaat. Ongeveer ieder voorschrift dat men aan het tractaat Sanhedrin kan ontlenen blijkt in het proces Jezus te zijn overtreden.[3] Lapide vond nog twaalf van die overtredingen de moeite van het vermelden waard,[4] maar aan het begin van de vorige eeuw had de Fransman Chauvin er niet minder dan zevenentwintig gevonden.[5] En daarbij gaat het niet om de geringste voorschriften, zoals het verbod om een doodvonnis 's nachts uit te spreken, of het verbod om de vooravond van een feestdag als rechtsdag te benutten. Dat het huis van de hogepriester als zittingzaal wordt gebezigd (en niet de tempel) is eveneens ongehoord, terwijl volgens de Evangeliën de hogepriester bij de beraadslagingen als eerste het woord neemt en zijn stem uitbrengt, ofschoon hij eerst de anderen, te beginnen bij de jongste, aan het woord zou moeten laten komen. Dat die hogepriester dan vervolgens getuigen overbodig vindt (terwijl al sinds de dagen van de Thora minimaal twee verplicht waren) maar wel het afleggen van een eed toelaat (ofschoon die verboden was) draagt bij tot de verwarring over het historische gezag van de bronnen. Hoe dit ook zij, in de beschrijving van de evangelist Johannes komt het proces tegen Jezus tot een dramatisch hoogtepunt als Pontius Pilatus ten derde male naar binnen gaat en een gesprek tracht aan te knopen met Jezus. Dat is het moment waarop Pontius Pilatus zijn masker laat vallen. Het gaat Pontius Pilatus ten diepste niet om recht, niet om strafrecht, maar om macht: 'Weet Gij niet, dat ik *macht* heb U los te laten, maar ook macht om U te kruisigen?' Er zijn weinig of geen scênes in de wereldliteratuur te vinden die zo indrukwekkend het probleem van de verhouding tussen macht en recht aan de orde stellen. Pilatus wist heel goed, wat recht was. Drie keer had hij verklaard Jezus voor onschuldig te houden. Drie keer was hij voor de consequenties van zijn overtuiging teruggedeinsd. Daarop ging Pilatus naar buiten. Hij zette zich op de rechterstoel, op de plaats, genaamd Lithostrotos, in het Hebreeuws Gabbatha en hij bezweek voor de macht. Voor de macht van de massa, voor de macht van de keizer. Op een op zichzelf gebrekkige procedure voor het Sanhedrin klonk vanaf Gabbatha het *exequatur*.

3 G. Theißen, A. Merz, Der historische Jesus. Ein Lehrbuch, 3e Aufl. Göttingen 2001, p. 403 met verdere litt.

4 P. Lapide, Wie waren er schuldig aan de dood van Jezus? Frankfurt/Kampen 1988.

5 C. Chauvin, Le procès de Jésus-Christ, Paris 1901.

2. Pilatus als rechter

Al heel vroeg trok dit op zijn minst genomen bizarre optreden van Pontius Pilatus als rechter de aandacht.[6] Per slot van rekening had de rechtszaal in het collectieve geheugen van die tijd een indrukwekkende plaats. Seneca maakt melding van de vrees voor het leed dat door machthebbers wordt berokkend en hij betrekt dat leed op de vreeswekkende aanblik van de rechtszaal met zijn kerkers, ijzeren boeien, het rad, de staak die door iemands ingewanden gestoken wordt om er door de mond weer uit te komen. De rechtszaal ziet er zo angstaanjagend uit dat bij de aanblik ervan alleen al de verdachte de moed in de schoenen zinkt, of erger;[7] twee eeuwen later is het Cyprianus, bisschop van Carthago, die de rechtszaal van die dagen beschrijft. Onder het mom van recht wordt daar gezondigd, worden daar misdaden begaan. Waar de onschuld bescherming zou moeten vinden, wordt zij prijsgegeven. Van vrede geen spoor. In hun toga's doen de aanklagers en de rechters de rechtszaal dreunen van hun gegalm. Daar staan de lans en het zwaard; daar staat de beul. De pijnbank staat gereed; de beul had meer martelwerktuigen ter beschikking dan het menselijk lichaam ledematen heeft.[8] Dat was het beeld van het rechterlijk oordeel, dat ook is het beeld van Jezus voor Pilatus. Tacitus, Annales 15,44, is naast de Evangeliën een bron voor het historische gegeven dat Jezus Christus ten tijde van keizer Tiberius onder de praefect Pontius Pilatus ter dood is gebracht;[9] Ook Flavius Josephus maakt melding van zijn aanwezigheid, zowel in zijn Bellum Iudaicum (9,2-4, 169-174, 175-177) als in zijn Antiquitates Judaicae (18,2,2; 18,3,1-4,2; 18,6,5) en vertelt onder meer hoe hij enorme opschudding in Jeruzalem veroorzaakte door niettegenstaande het daar geldende beeldenverbod onmiddellijk na zijn aantreden afbeeldingen van de Romeinse keizer de stad binnen te brengen en ook nog eens de tempelschatten voor

6 De bronnen zijn vermeld door M. Centini, L'uomo che uccise Gesù. Storia e leggenda di Ponzio Pilato, procuratore e giudice nella Palestina del I secolo (Cerriglio XLII), Torino 2006, p. 37 nt. 4., echter met omissie van de hieronder te vermelden inscriptie. Er is de laatste jaren veel literatuur over Pontius Pilatus verschenen, echter van geheel wisselend gehalte. Een mixtum compositum van feit en fictie levert Ann Wroe, Pontius Pilate, New York 2000. Fascinerend om te lezen, maar novelles zonder wetenschappelijke waarde zijn Paul L. Maier, Pontius Pilate, Grand Rapids 1995; James R. Mills, Memoirs of Pontius Pilate: A Novel, Ada MI 2000; Roger Caillois, Pontius Pilatus, Paris 1961, vertaald in vele talen. Een Engelse vertaling werd onlangs herdrukt, Virginia 2006.

7 Seneca, Ep. 14.3: incommoda … timentur quae per vim potentioris eveniunt … [5] Cogita hoc loco carcerem et cruces et eculeos et uncum et adactum per medium hominem qui per os emergeret stipitem et distracta in diversum actis curribus membra, illam tunicam alimentis ignium et illitam et textam, et quidquid aliud praeter haec commenta saevitia est. [6] Non est itaque mirum, si maximus huius rei timor est cuius et varietas magna et apparatus terribilis est.

8 Cyprianus, Ad Donatum 10 (CSEL 3.1:11-12): Incisae sunt licet leges duodecim tabulis et publico aere praefixo iura proscripta sint: inter leges ipsas delinquitur, inter iura peccatur, innocentia nec illic, ubi defenditur, reservatur. Saevit invicem discordantium rabies et inter togas pace rupta forum litibus mugit insanum. Hasta illic et gladius et carnifex praesto est, ungula effodiens, eculeus extendens, ignis exurens, ad hominis corpus unum supplicia plura quam membris.

9 Tacitus, Annales 15,44: Ergo abolendo rumori Nero subdidit reos et quaesitissimis poenis adfecit, quos per flagitia invisos vulgus Christianos appellabat. auctor nominis eius Christus Tibero imperitante per procuratorem Pontium Pilatum supplicio adfectus erat; De aanduiding van Pontius Pilatus als procurator is, naar Volkmann in zijn hieronder te vermelden artikel bewees, een anachronisme. Eerst C. Cuspius Fadus (44-46) voerde de titel *procurator*.

de bouw van een waterleiding te gebruiken.[10] Dat hij gespeend was van iedere tact en door en door onbetrouwbaar is een waardeoordeel dat ook vermeld wordt door Philo van Alexandrie in diens Legatio ad Gaium. Zo zou hij blijkens de paragrafen 299-305 in het paleis van Herodes (het *praetorium*) grote beukelaren met afbeeldingen van de keizer hebben opgericht, niet in de eerste plaats om Tiberius te eren, maar veeleer om de (Joodse) meerderheid door de schending van hun beeldenverbod te grieven. Het beeldenverbod moest immers in het bijzonder te Jeruzalem worden nageleefd. Hij heeft het daarnaast ook anderszins nodig gevonden om te dingen naar de gunst van Tiberius, namelijk door voor deze keizer een tempel in Caesarea te bouwen. Daarover zijn we tamelijk goed ingelicht door de vondst in 1961 van een fraai mozaïek, dat zich thans bevindt in het Israel Museum, Jerusalem (AE 1963 no. 104).[11] In de winter van 36/37 kwam een einde aan zijn bewind. De legaat van Syrië, Vitellius, stuurde hem naar Rome terug om daar verantwoording af te leggen van zijn wanbeheer.[12] Naar een mededeling van Eusebius werd hij daar gedwongen zelfmoord te plegen.[13]

3. Het beeld van Pilatus door de eeuwen heen

Het beeld van Pontius Pilatus in de geschiedenis is aan sterke wisselingen onderhevig geweest.[14] Voor Justinus (Apologia 1,35 en 48) was hij vooral een getuige van de

10 De tekst is te lang om te citeren. Hij is op het internet te vinden: *http //pace.mcmaster.ca/york/york/showText?book=2&chapter=9&textChunk=nieseSection&chunkId=172&text=wars&version=whiston&direction=down&tab=&layout=split&down.x=9&down.y=13* (Geraadpleegd 21 juni 2013). Zij worden ook besproken door M.H. Jensen, Herod Antipas in Galilee, Friend or Foe of the Historical Jesus, in: Journal for the Study of the Historical Jesus 5 (2007), pp. 7-32

11 H. Volkmann, Die Pilatusinschrift von Caesarea Maritima, in: Gymnasium 75 (1968), pp. 124-135; G. Alföldy, Pontius Pilatus und das Tiberieum von Caesarea Maritima, in: Scripta Classica Israelitica 18 (1999), pp. 85-108 (85-93). E. Weber, Zur Inschrift des Pontius Pilatus, in: Bonner Jahrbücher 171 (1971), pp. 194-200; J.E. Taylor, Pontius Pilate and the Imperial Cult in Roman Judaea, in: New Testament Studies 52 (2006), pp. 555-582 (die op grond van iconografisch en numismatisch materiaal en de mededelingen van Philo tot de conclusie komt dat Pontius Pilatus niet zozeer gedreven werd door minachting voor de Joden maar veeleer door een verlangen de Romeinse keizerverering in Judea te bevorderen.

12 Flavius Iosephus, Antiquitates Iudaicae 18,4,2.

13 Eusebius, Historia ecclesiastica 2,7; daarover de apocriefe Mors Pilati, Evangelia apocrypha ed. Tischendorf, 456-458.

14 J.P. Lémonon, Pilate et le gouvernement de la Judée, Paris 1981; B.C. McGing, Pontius Pilate and the Sources, in: CBQ 53 (1991), pp. 416-38; H.K. Bond, Pontius Pilate in: History and Interpretation (Society for New Testament Studies Monograph Series 100), Cambridge 1998; H. Martin, The legend of Pontius Pilate in Icelandic and Middle Low German: An Edition of Two Manuscripts (Ph.D. University of Wisconsin), High Wycombe 1973, verkorte versie in: H. Martin, 'The Legend of Pontius Pilate', Amsterdamer Beiträge zur älteren Germanistik 5 (1973), pp. 95-118; K. Rosen, Rom und die Juden im Prozeß Jesu, in: A. Demandt, Macht und Recht, Grosse Prozesse in der Geschichte, München 1991, pp. 39-58, i.h.b. pp. 50-55; A. Scheidgen, Die Gestalt des Pontius Pilatus in Legende, Bibelauslegung und Geschichtsdichtung vom Mittelalter bis in die frühe Neuzeit. Literaturgeschichte einer umstrittenen Figur (Mikrokosmos. Beiträge zur Literaturwissenschaft und Bedeutungsforschung, 68), Frankfurt-am-Main 2002. Helaas was mij niet toegankelijk S.G.F. Brandon, Pontius Pilate in History and Legend, in: History Today 18 (Aug 1968), pp. 523-530.

onschuld van Jezus. Waarschijnlijk rond 150 is een brief in omloop geraakt, die Pontius Pilatus aan de Romeinse Claudius zou hebben geschreven.[15] Die brief is opgenomen in de aldus genaamde *Acta Petri et Pauli*, een aanvankelijk op naam van een verder onbekende Marcellus overgeleverde lijdensgeschiedenis van Petrus en Paulus. De tekst daarvan is uitgegeven door Lipsius en de brief luidt als volgt:[16]

> Pontius Pilatus groet zijn keizer Claudius. Onlangs geschiedde iets wat ik zelf aan het daglicht gebracht heb. De Joden hebben uit haat zichzelf en hun nageslacht met een gruwelijke veroordeling bestraft. Hun vaderen hadden namelijk de belofte dat hun god hun uit de hemel een heilige zou sturen, die terecht hun koning genoemd zou worden en dat deze naar de aarde zou worden gezonden door bemiddeling van een maagd. Toen echter deze god tijdens mijn stadhouderschap over het Judea van de Hebreeën was gekomen en zij hadden gezien dat hij blinden het gezicht gaf, melaatsen reinigde, verlamden genas, duivels uitdreef uit mensen, doden opwekte, de winden aan zijn bevel onderwierp, droogvoets over de golven van de zee liep en vele andere wonderen deed, en toen het gehele volk van de Joden zei dat deze de zoon van god was, toen werden de eersten onder de priesters door haat bevangen. Zij namen hem gevangen, leverden hem aan mij over, en de een na de ander loog ten overstaan van mij dat hij groot was en tegen hun wetten ageerde. Ik echter geloofde dat dit getuigenis juist was en droeg hem na geseling over om naar hun goeddunken met hem te handelen. Zij kruisigden hem en plaatsten wachten bij zijn graf. Op de derde dag stond hij evenwel op, hoewel mijn soldaten de wacht hielden. In zoverre ontvlamde daarop de verdorvenheid van de Joden, dat zij hun geld gaven, zeggende: zegt dat zijn leerlingen zijn lichaam hebben geroofd. Ofschoon zij het geld accepteerden, waren zij toch niet in staat het gebeurde te verzwijgen. Zij hebben getuigd dat zij hem hebben zien verrijzen en dat zij geld van de Joden hadden aangenomen. Dit heb ik openbaar gemaakt, zodat niemand nog daarover zou liegen en u niet meent dat de leugens van de Joden geloofwaardig zijn.

15 De oorsprong van de brief is in nevelen gehuld. Als Pontius Pilatus zelf zich jegens de keizer voor zijn optreden had willen rechtvaardigen, zou het voor de hand gelegen hebben dat de brief aan Tiberius was gericht; er wordt echter ook met een (mogelijk op Ireneus, adversus haereses 2,22,3-6 teruggaande) traditie rekening gehouden volgens welke Jezus eerst rond het jaar 50 zou zijn gestorven. W. Michaelis, Die apokryphen Schriften zum Neuen Testament, Bremen 1956, p. 448.

16 Pontius Pilatus Claudio suo salutem. nuper accidet quod ipse probaui, Iu[d]aeos per inuidiam se suosque posteros crudeli condempnatione punisse. denique cum promissum haberent patres eorum quod illis deus eorum mitteret de caelo sanctum suum, qui eorum rex merito diceretur, et hunc se promiserit per uirginem missurum ad terras. Is itaque me praeside in Iudaea Hebraeorum deus cum uenisset, et uidissent eum caecos inluminasse, leprosos mundasse, paralyticos curasse, daemones ab hominibus fugasse, mortuos suscitasse, imperasse uentis, ambulasse siccis pedibus super undas maris et multa alia mirabilia fecisse: cum omnis populus Iudaeorum dei filium hunc esse dicerent, inuidia contra eum ducti sunt principes sacerdotum et tenuerunt eum et mihi tradiderunt, et alia pro aliis mihi de eo mentientes dixerunt, istum magum esse et contra legem eorum agere. Ego autem credidi ita esse et flagellatum tradidi illum arbitrio eorum. illi autem crucifixerunt eum et sepulto custodes adhibuerunt. ille autem militibus meis custodientibus die tertio resurrexit. in tantum autem exarsit nequitia Iudaeorum, ut darent pecuniam eis dicentes: Dicite quia discipuli eius corpus ipsius rapuerunt. Sed cum accepissent pecuniam, quid factum fuerit tacere non potuerunt. nam et illum resurrexisse testati sunt se uidesse, et a Iudaeis pecuniam accepisse. haec ideo ingessi ne quis aliter mentiatur, et existimes credendum mendaciis Iudaeorum. De tekst is toegankelijk via het internet: *http //webpages.ursinus.edu/jlionarons/wulfstan/PsMarcellus.html* (Geraadpleegd 31 maart 2014).

Op vergelijkbare wijze poogt Pilatus volgens het rond het jaar 150 van onze jaartelling ontstane (apocriefe) Evangelie van Petrus de verantwoordelijkheid voor zijn optreden en voor zijn besluiten af te schuiven op het Sanhedrin (Petr. Evang. 11:46). Aldus rechtvaardigt hij zichzelf, bovendien met zodanig succes dat hij al spoedig in de Ethiopische kerk als heilige werd vereerd. Zover kwam het nog net niet met de vrouw van Pontius Pilatus. In de Evangeliën werd haar naam niet genoemd, maar in de overlevering kreeg zij vanaf de vierde eeuw een naam: Claudia Procula. Het verhaal wil dat zij na de dood van haar man een vooraanstaande figuur zou worden onder degenen die zich inzetten voor de verbreiding van het Christendom. Er is echter ook een aantal werken, waarin Pontius Pilatus wordt afgeschilderd als degene die bij uitstek verantwoordelijk is voor de dood van Jezus Christus. Daaronder bevindt zich een al in 1475 in Regensburg gedrukt werk, waarin aan Pilatus de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de kruisdood van Jezus Christus wordt toegeschreven.[17]

4. Vraagstelling

Daarmee komen we aan de centrale vraag van deze bijdrage. Het beeld van Pontius Pilatus als rechter wisselt sterk in de geschiedenis. Weten we iets over dat beeld in de gouden eeuw? Die vraag is regelrecht geïnspireerd door de jubilaris die met dit opstel wordt gehuldigd. Zelf is hij voor een gedeelte van zijn werktijd rechter, ook strafrechter. Over de Gouden Eeuw, in het bijzonder over Hugo de Groot, heeft hij vele belangrijke bijdragen aan de wetenschap op zijn naam staan. We hebben een aantal bronnen uit die tijd, die nog weinig of niet bestudeerd zijn. De resultaten van onze overpeinzingen bied ik in dankbaarheid voor een langjarige vriendschap aan Laurens Winkel aan, en ik zal daartoe, in het besef dat er verscheidene andere werken van vergelijkbare strekking zijn,[18] allereerst enige aandacht besteden aan een in 1677 verschenen werk van Willem Goes (1611-1686), dat de titel *Pilatus Iudex* draagt, om vervolgens diens opvattingen te confronteren met die van Rembrandt, zoals die blijkt uit een grisaille en een tweetal etsen van diens hand. We beginnen met de literatuur.

17 ‘Glaubwirdige Warhaffte ordenliche Verzeichnuß vnd beschreibung deß ergangenen vnschuldigen blutigen Urtheils auch anderer umbstende vnter der Regieru[n]g deß Keysers Tiberij welches Pontius Pilatus, der Landpfleger in Judea vber vnsern lieben Herrn vnd Heyland Jesum Christum außgesprochen vnd gefellt Jetzt newlicher zeytt inn der Stadt Aquila ... verwarlich gefunden worden. Sampt vnderschiedlicher vermeldung der 20. Beysitzenden Gerichtspersone[n] mit Namen genan[n]t ... Regenspurg 1581 (VD16 ZV 23585]’. Een exemplaar bevindt zich in de Bayerische Staatsbibliothek te München en is gedigitaliseerd toegankelijk:Persistente Identifier (Werk): urn:nbn:de:bvb:12-bsb00019859-3.

18 Er bestaat uit dezelfde tijd een Duitse dissertatio van de hand van Nicolaus Martinus uit het jaar 1678 onder de veelzeggende titel ‘Pilatus Injustus Judex’, Kilonium 1678. Drie kwart eeuw later verscheen een Engels werk van dezelfde teneur: ‘The Life of Pontius Pilate: Containing, a Concise History of the State of the Jewish Nation. An Account of the Oppressions, Violences and Massacres committed by Pilate during his Governement of Judea’. Printed for M. Cooper ... W. Reeve ... C. Sympson at the Bible Warehouse, Chancery Lane 1753.

5. Goes, Pilatus Iudex

Willem Goes, Heer van Boekhorst, is vooral bekend geworden als een van de rechters die in 1672 het doodvonnis over Cornelis de Witt wezen en uitspraken. Volgens het Biografisch Woordenboek der Nederlanden,[19] dat een lemma aan hem wijdt, is hij in 1611 geboren te Leiden, was hij Heer van Boekhorst, was hij gehuwd met Maria Heinsius, en was hij eerst lid van de raad in zijn geboorteplaats en nadien raadsheer in het Hof van Holland. Hij was, naar ook blijkt uit zijn betrokkenheid bij het doodvonnis van Cornelis de Witt, bepaald prinsgezind te noemen; uit dien hoofde heeft hij een aantal keren deel uitgemaakt van een commissie belast met vertrouwenswerkzaamheden voor de stadhouder, in 1657 een commissie van onderzoek in verband met onlusten te Goes, en in 1664 een commissie van onderzoek naar aanleiding van de ontvoering van Catharina van Orliens door Jhr. Johan Diederik de Mortaigne, destijds kamerheer van Karel X Gustaaf van Zweden. Vooral deze laatste zaak heeft de gemoederen gedurende lange tijd bezig gehouden en er bestaat daarover dan ook een rijke literatuur.[20] Er is enige twijfel over het onvrijwillig karakter van deze ontvoering, nu de geliefden weloverwogen als hun bestemming Culemborg hadden gekozen, een heerlijkheid die destijds geen deel uitmaakte van de Republiek der Verenigde Nederlanden, en dus in beginsel een vrijplaats was. Desalniettemin leidde de door de Graaf van Culemborg verleende protectie tot een pittig debat met de Staten Generaal. Stukken daaromtrent bevinden zich in het Gelders Archief te Arnhem.[21] De processen verbaal van beide commissies bevinden zich in het Nationaal Archief.[22] In 1684 werd Goes, namens de Prins van Oranje, met anderen naar Dordrecht gezonden teneinde een geschil te onderzoeken tussen de prins en het

19 Van der Aa, Biografisch Woordenboek der Nederlanden, dl. VII, Haarlem 1862, pp. 253-254, door toedoen van het Biografie Instituut te Groningen tevens toegankelijk via het internet: *http //resources.huygens.knaw.nl/retroboeken/nnbw/#page=0&accessor=accessor_index&source=1&view=homePane* (Geraadpleegd 31 maart 2014) Het lemma is eveneens gepubliceerd op het biografisch portaal: *http //www.biografischportaal.nl/personen?start=960&beginletter=g* (Geraadpleegd 31 maart 2014).

20 Andrea Langendoen, Orliens, Catharina van, in: Digitaal Vrouwenlexicon van Nederland: *http //www.historici.nl/Onderzoek/Projecten/DVN/lemmata/data/Orliens (05/02/2013)*, (Geraadpleegd 26 juni 2013).

21 Gelders Archief Arnhem, Archief Heren en Graven van Culemborg, toegang 0370, inv. nr. 2359: Stukken betreffende de door den graaf van Culemborg verleende bescherming aan J.D. de Mortaigne, schaker van juffrouw Catharina van Orleans, en de daaruit voor den Graaf voortvloeiende moeilijkheden met de Staten-Generaal, 1664.

22 Nationaal Archief, Inventaris van de collectie Handschriften van de Derde Afdeling, tot en met 1950, Nummer ARA 3.22.01.01: 166: Verbaal van Willem Goes en Cornelis Fannius, raden van het Hof van Holland, en Francois Boot, secretaris van het Hof, van hun verrichtingen in Culemborg ter zake van de ontvoering van Catharine van Orliens door Johan Diderick de Mortaigne (1664 1 dl.); 357 Rapport van mr. Gualther de Raet en mr. Willem Goes, raden in het Hof van Holland, van hun zending naar Goes in verband met aldaar ontstane onlusten (april-juni 1657 1 deel). De inventaris is, op het internet te vinden: *http //www.gahetna.nl/collectie/archief/pdf/NL-HaNA_3.22.01.01.ead.pdf* (Geraadpleegd 31 maart 2014).

stadsbestuur 'over de nominatie der goede luiden van Achten'.[23] Van zijn hand verscheen een viertal boeken, die duidelijk maken waarom hij werd gerekend onder de belangrijkste juristen en taalgeleerden van zijn tijd.[24] Zijn laatste werk is getiteld 'Pontius Pilatus Iudex' en verscheen voor het eerst in 1677. Latere drukken zijn voorzien van vragen en opmerkingen van theologen en antwoorden daarop van Goes zelf. Ik bezigde de in 1681 te Den Haag bij Johannes Tongerloo verschenen uitgave en de verwijzingen zijn dan ook naar de pagina's van die editie.

Het Bijbelgebruik van Goes is in die zin onkritisch, dat hij de vraag naar de geloofwaardigheid van de bronnen niet stelt. Hij gebruikt de teksten zonder onderscheiding naar herkomst of tijd van ontstaan, maar het zou ook een anachronisme zijn, van hem iets anders te verwachten dan dat hij uitgaat van de betrouwbaarheid van de evangelieverslagen en een mixtum compositum van de verschillende Evangeliën samenstelt als ware dat een feitelijk relaas van de gebeurtenissen. Uit Marcus 6:3 en Matth. 13:55 leidt hij af dat de tenlastelegging aan het adres van Jezus eenvoudig is: Regem se ferat; nihil urgemus ultra (p. 56). Aan Pilatus wordt vervolgens (met een beroep op D. 1.3.32; D. 22.5.3.6; D. 1.16.5 en 7) meegedeeld, dat hij bij gebreke van centrale wetgeving gehouden is de locale gewoonten te volgen: 'wij hebben een wet, en volgens die wet moet hij sterven'. Goes merkt op, dat Pontius Pilatus bij het horen van die woorden nog meer bevreesd raakt dan hij al was, overigens niet alleen voor het opdringende volk, maar vooral ook voor de gevolgen van de Lex Cornelia de falsis, die rechters die de wet veronachtzamen met verbanning naar een eiland bedreigt. De vraag dan van Pilatus aan Jezus: 'Unde es?' is volgens de Goes de gebruikelijke, het onderzoek ter terechtzitting inleidende, vraag of de rechter in deze zaak bevoegd is, maar even later (p. 57) volgt dan de vraag: 'Nescis me potestatem habere crucifigendi te teque absolvendi?' Onmiddellijk gevolgd door de interpretatie van Goes van deze Evangeliewoorden: 'atque adeo, vitam et mortem tuam in mea sitam esse manu?' Het ius gladii komt inderdaad de Romeinse stadhouder toe, maar dat Pilatus zich hier schuldig maakt aan machtsmisbruik is voor Goes al duidelijk. Na de beschrijving van het verloop

23 Op grond van een privilege van Philip, Hertog van Bourgondië van 1456, gerenoveerd door Maximiliaan en Maria in 1478 en 1494 en het daarop teruggaande concordaat van 1647, had de stadhouder de bevoegdheid om uit een door de dekens van de 24 gilden van de stad Dordrecht 8 leden van de raad te kiezen: de goede luiden van achten, uit ieder der vier kwartieren van de stad twee. Kennelijk had de stadhouder gesondeerd of hij buiten de voordracht om kon besluiten, hetgeen tot grote woede in Dordrecht had geleid. De Staatkunde Der Hollanders: Beschreeven door den grave d'Avaux, Onpartydig ... Door Pieter le Clercq, p. 43; Beschryvinge der stad Dordrecht: vervattende haar begin, opkomst ... , Vol. 1 Door Matthys Balen, p. 646.

24 Specimen controversiae quae est de mutui alienatione inter jurisconsultos et quosdam grammatico-sophistas, Lugd. Bat. 1646. 8o; Animadversiones in quaedam loca capitis I et II Speciminis Salmasiani, quibus varii viri docti ab ejus calumniis vindicantur, Hagae-Com. 1657. 8o; Rei agrariae auctores legesque variae, cum notis N. Rigaltii et observationes, nec non glossario, Amst. 1674. 4o; en Pilatus Judex, Hagae-Com. 1677. 4o. Postuum is de kennelijk nog door hemzelf samengestelde catalogus van zijn bibliotheek verschenen: Bibliotheca Goesiana, sive, catalogue librorum, numismatum, iconum, caelaturarum, caeteraeque pretiosae suppellectilis, musaei ... Dr. Gulielmi Goesii ... quae publica auctione distrabentur in aedibus Johannis de Vivie bibliopolae Leidensis as diem Lune 7, Aprilis, 1687, St. Greg.

van het proces vervolgd te hebben komt Goes uiteindelijk tot zijn afsluiting (p. 66). Hij roept Pilatus ter verantwoording:

> Wat heeft eigenlijk U ertoe gebracht Jezus aan de dood over te leveren? Is het omdat Zijn levenswandel, Zijn toespraken, het gezelschap waarin Hij verkeerde Uw mishagen heeft opgewekt of is het omdat Hij gezegd heeft dat niemand uit Zijn hand zal vallen? Indien het eerste, dan zijn er geen getuigen en evenmin is er een bekentenis, dus is er sprake van een rechterlijke dwaling. Indien het tweede, dan hebt U, Pilatus, U een macht aangemeten die niemand onder de stervelingen toekomt.

Dat kan niet ongestraft blijven, naar blijkt uit D. 2.1.20. Uit D. 2.1.14 volgt dan onmiddellijk de sanctie: Jezus kan nu over Pilatus rechtspreken. Dit wordt niet anders doordat de stadhouder zijn bevoegdheid van de Keizer afleidt (D. 18.1.1 en 20), want aan de stadhouder is geen ongelimiteerde bevoegdheid toegekend (C. 8.43.18) en bovendien (p. 79) had Pilatus hoger beroep op de Keizer moeten openstellen (D. 48.6.8). Er mag echter worden aangenomen dat Jezus door zijn stilzwijgen afstand heeft gedaan van het recht op hoger beroep. Steun voor die opvatting is te vinden in Gal. 3, Jesaja 53:12 (waar van de lijdende knecht des Heren gezegd wordt dat hij zijn ziel heeft uitgestort in de dood), alsmede Lucas 22:37 waar aan de zojuist genoemde tekst wordt gerefereerd. Goes geeft dan een geloofsgetuigenis waarin hij het vrijwillig karakter benadrukt van het leven, lijden, en sterven, maar ook de opstanding van Christus. Zijn boek eindigt met een lofprijzing: ‘Tibi honor, tibi laus, tibi gloria, et si quid his usquam est splendidius, quod mens nostra non capit, tibi hoc, rerum celsissime, tibi sit hoc omne in saecula saeculorum.’

6. Rembrandt, Ecce Homo

In zijn bijdrage aan de catalogus die een grote, in 2000-2001 in het Nederlandse Rijksmuseum en in het Britsh Museum in London gehouden tentoonstelling van de prenten van Rembrandt begeleidde,[25] doet Ernst van de Wetering verslag van zijn onderzoek naar de grote serie prenten met betrekking tot het leven en lijden van Christus, die Rembrandt voornemens was te maken, waarschijnlijk in opdracht van en in samenspraak met de Doopsgezinde predikant Hendrik Uylenburgh. Het project als zodanig blijkt grotendeels mislukt te zijn maar uit 1634, dus uit de beginperiode ervan, stamt nog een grisaille die bekend staat onder de naam Ecce homo (en die zich bevindt in zaal 16 van de National Gallery te London) alsmede een één jaar later met behulp daarvan in samenwerking met Johannes van Vliet gemaakte ets in verschillende staten.[26] Het schilderij is om een aantal redenen belangwekkend. Het thema is bekend en speelt een belangrijke rol in het werk van Rembrandt. Twintig jaar later zou hij het opnieuw

25 E.B.M. Hinterding e.a. (reds.), Rembrandt the Printmaker, London 2000.

26 Hinterding houdt het voor aannemelijk dat Rembrandt het opzetten van de plaat aan Van Vliet in Leiden heeft uitbesteed en hem daartoe de met het oog daarop gemaakte grisaille ter beschikking heeft gesteld. Rembrandt heeft op een proefdruk de verlangde wijzigingen aangebracht en die naar Van Vliet teruggestuurd. E.B.M. Hinterding, Rembrandt als Etser. Twee studies naar de praktijk van productie en verspreiding s.a., s.l., dissertatie Utrecht 2001, pp. 91 e.v.

weergeven in een veelbesproken ets, die in zeven staten bekend is: Christus getoond aan het volk.[27] De vergelijking van beide etsen doet onder meer een zekere ontwikkeling in de theologie van Rembrandt vermoeden, waarbij de vrijlating van Barabas een belangrijkere rol krijgt dan aanvankelijk het geval was.[28] Minstens zo belangrijk is echter dat we hier te maken hebben met de combinatie van een bewaard gebleven, complete voorstudie en de vervolgens met behulp daarvan vervaardigde ets. Die is uiterst zeldzaam, volgens sommigen zelfs uniek, zeker voor de zeventiende eeuw.[29] Een grisaille, in het Nederlands ook wel grauwschildering genoemd, is een monochroom schilderij waarop de kunstenaar met behulp van tal van grijstinten zijn studieobject weergeeft. Gebruikt hij bruintinten dan spreekt men wel van een brunaille. De techniek was reeds in de Oudheid bekend en werd tot na de Middeleeuwen, vooral van de vijftiende tot de achttiende eeuw, gebezigd. In dit geval is aannemelijk dat de grisaille op de steen is gelegd en dat de voorstelling met behulp van een stylus daarop werd overgedragen. Het logische gevolg is dat de twee werken elkanders spiegelbeeld vormen. Zo ook hier. De grisaille is beschreven in alle bekende oeuvre-catalogi van Rembrandt van de laatste honderd jaar,[30] de ets eveneens.[31]

'Ecce homo' waren de woorden waarmee volgens het Evangelie van Johannes (19:5) Pontius Pilatus tijdens het proces Jezus toonde aan het verzamelde volk. Het lijkt echter alsof de voorstelling van Rembrandt wordt gedomineerd door de diagonaal afgebeelde knobbelige staf. Het ligt voor de hand om daarbij te denken aan een rechtersstaf. Karl von Amira heeft daaraan een gedeelte van zijn omvangrijke studie over de rechtsiconologische betekenis van de staf gewijd.[32] Zijn ampele verwijzingen naar en citaten uit de bronnen en de vermeldingen van hem bekende verbeeldingen van de rechtersstaf tonen dat het hier gaat om een heel oud en wijd verbreid instituut. De grisaille ziet er aldus uit:[33]

27 Christus aan het volk getoond: Bartsch 76; Hollstein Dutch 76.

28 E. Winternitz, Rembrandt's 'Christ Presented to the People' – 1655. A Meditation on Justice and Collective Guilt, in: Oud Holland 84 (1969), pp. 177-198, met een vergelijking van beide werken op p. 179; S. Perlove, L. Silver, Rembrandt's Faith. Church and Temple in the Dutch Golden Age, Pennsylvania 2009, pp. 283-289.

29 Rembrandt heeft nog twee grisailles gemaakt (Jozef vertelt zijn droom (rond 1635) en De prediking van Johannes de Doper (rond dezelfde tijd). Die zijn echter niet als ets in de handel gebracht. Van Vliet heeft in 1635 het vervaardigen van etsplaten in opdracht van derden gestaakt. Hinterding diss. t.a.p.

30 K. Bauch, Rembrandt Gemälde, Berlin 1966, 62; W. von Bode, C. Hofstede de Groot, Rembrandt: beschreibendes Verzeichnis – Gemälde mit den heliographischen Nachbildungen, Paris 1897-1905, 214; J. Bolten, H. Bolten-Rempt, The Hidden Rembrandt, Oxford 1978, 188; A. Bredius, Rembrandt Schilderijen. 630 Afbeeldingen, Utrecht 1935, 546; A. Bredius, Rembrandt. The Complete Edition of the Paintings, rev. by H. Gerson, London 1969, 456; J. Bruyn, et al., A Corpus of Rembrandt Paintings Vol. II, Den Haag/Boston/London 1986, A 89; H. Gerson, Rembrandt Paintings, Amsterdam 1968, 72; P. Lecaldano, Tout l'Oeuvre Peint de Rembrandt (coll. 'Les classiques de l'art), Paris 1971, 143; G. Schwartz, Rembrandt. Zijn Leven, Zijn Schilderijen: een nieuwe Biografie, Maarssen 1984, 104; L.J. Slatkes, Rembrandt: Catalogo Completo dei Dipinti, Firenze 1992, 49; C. Tümpel, Rembrandt, Amsterdam 1986, 50; W.R. Valentiner, Rembrandt: Wiedergefundene Gemälde (1910-1920) in 120 Abbildungen, Stuttgart-Berlin, 1921, 1909.

31 Bartsch 76; Hollstein Dutch 76.

32 K. von Amira, Der Stab in der germanischen Rechtssymbolik (Abhandlungen der k. b. Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-philologische und historische Klasse XXV. 1), München 1909.

33 Ontleend aan: *http //www.rembrandtpainting.net/rmbrndt_1620-35/1620_35_images/ecce_omo.jpg* (Geraadpleegd 31 maart 2014; de foto bevindt zich volgens de website in het public domain).

Ook in de houtsnede in Joost den Damhouder, La pratique et Encheiridion des causes criminelles (Leuven 1554, p. 103), houdt de rechter een manshoge roede voor zich. In de feodaliteit was de landsheer de bevoegde rechter; deze kon zich laten vertegenwoordigen door een door hem aangewezen rechter. Die aanwijzing placht te geschieden doordat de landsheer ter fine van volmachtverlening een staf aan de rechter overhandigde. Dat is volgens Amira geen investituur; naar zijn mening behoudt de landheer de bevoegdheid om de staf terug te nemen, bijvoorbeeld bij een gelegenheid waarbij hij zelf zijn jurisdictiebevoegdheid wenst uit te oefenen. Als de rechter recht doet, houdt hij de staf recht voor zich; hij doet de staf naar voren neigen als hij bij overdracht van een perceel grond de verkrijger de exclusieve bevoegdheid tot het genot ervan verleent door hem Frieden und Bann daarover toe te zeggen. Hij houdt de staf voor aan degene die de eed

aflegt (of die weigert) en bij de strafoplegging wijst hij met de staf naar de veroordeelde. Agnes Schreiner heeft er onlangs op gewezen dat een vergelijkbare staf zich bevindt in het Amsterdams Historisch Museum met als aanduiding de Roede van Justitie.[34]

In het schilderij zijn twee podia afgebeeld. Op het onderste is Pontius Pilatus gezeten op een troon. Het gaat om deze Romeinse stadhouder; dat kan niet missen. Uit de verte houdt vanaf de zuil de buste van Julius Caesar een oogje in het zeil. Vier figuren knielen voor Pilatus neer, terwijl een vijfde zich bij hen voegt, ofschoon hij zich nog eerst wendt naar de op het plein voor het stadhouderlijk paleis verzamelde schare. De kleding van deze figuren is rijk, vergelijkbaar bij die van Pilatus. Het zijn dus zeer aanzienlijken. Op de tulband van één van hen is, naar Van de Wetering op gezag van de conservator van de Bibliotheca Rosenthaliana meedeelt de Godsnaam te lezen: – הוהי – alsmede het begin van een andere aanduiding daarvan: – לא –. Men moet dus wel denken aan de overpriesters waarvan Joh.19 melding maakt. Hun positie is gelegen tussen Pontius Pilatus en de menigte; één van hen houdt zijn handen om de rechtersstaf; hij lijkt die staf op te dringen aan Pilatus, maar deze maakt een afwerend gebaar. Van de Wetering houdt dit afwerende gebaar voor hoogst ongebruikelijk in de iconologische traditie van de zeventiende eeuw. In het oeuvre van Rembrandt doet slechts het gebaar van de rechter die de teruggave door Judas van het bloedgeld poogt af te weren (een schilderij van 1629) denken aan dit afwerende gebaar van Pilatus.[35] In het Evangelie van Johannes treden de overpriesters op twee onderscheiden momenten Pontius Pilatus tegemoet: eerst liet hij Jezus naar buiten brengen opdat ieder zou weten dat hij, Pilatus, geen schuld vond in Jezus. Op dat moment sprak hij de woorden die thans de titel zijn, waaronder de grisaille bekend is: ‘Ecce homo’. Na binnen nog enige woorden met Jezus gewisseld te hebben bracht Pilatus Jezus andermaal naar buiten, ging zitten op de rechterstoel, Lithostrotos, in het Hebreeuws Gabbatha, en hij gaf Jezus over om gekruisigd te worden. Volgens de beschrijving van Johannes gebeurde dat op het zesde uur, exact dus op het uur dat de klok op het schilderij aanwijst. De overpriesters die Pilatus met zoveel overgave ertoe willen brengen een doodvonnis uit te spreken zijn de volksgenoten van Jezus, typologisch mogelijk te beschouwen als de broers van Josef die eveneens van zins waren hem te doden.[36]

7. Slotsom

Als we de bevindingen inzake het beeld van Pontius Pilatus in de literatuur en de picturale kunst van de Gouden Eeuw pogen te resumeren, dan is het eerste dat opvalt dat de Bijbeltekst naar de letter gevolgd wordt. Dat is typerend voor het Christelijk belijden in die tijd, zeker voor de Reformatie. Desalniettemin waren toevoegingen uit andere bron toegestaan. Goes maakt van die mogelijkheid ampel gebruik. Hij betrekt het verloop van het proces Jezus volgens de (systematisch geïnterpreteerde) Evangeliën op het Corpus

34 A. Schreiner, Ets van Rembrandt, in: F. Jacobs, D. Pessers (red.), Stof en blik. Opstellen aangeboden aan Cees Maris van Sandelingenambacht, Amsterdam 2013, pp. 117-118.

35 Van de Wetering in Corpus of Rembrandt Paintings Vol. II, pp. 459-468.

36 Een vriendelijke suggestie van Prof. Dr. E. van de Wetering, e-mail van vrijdag 14 juni 2013; ook reeds in zijn hierboven in nt. 25 genoemde bijdrage.

Iuris Civilis en citeert daarenboven tal van oudchristelijke schrijvers. Het tweede is dat desalniettemin de figuur van Pontius Pilatus typologisch wordt geïnterpreteerd: hij is bij uitstek vertegenwoordiger van (als we dat anachronisme mogen bezigen) een soort beginselloos opportunistisch Macchiavellisme, dat zowel door Goes als door Rembrandt ten scherpste wordt veroordeeld. Deze observaties zijn in overeenstemming met die van Eyffinger inzake een tot dusverre niet in de vergelijking betrokken jeugdwerk van Hugo de Groot, de Christus Patiens.[37] Zijns inziens is voor Hugo de Groot Pontius Pilatus bij uitstek een vertegenwoordiger van de Romeinse Realpolitik.[38] Die Realpolitik, dat Machiavellisme van Pontius Pilatus, heeft echter voor geen van de genoemden – noch voor Goes, noch voor Rembrandt, noch voor Hugo de Groot – uiteindelijk het laatste woord. Ook al delen wij met hen niet meer hun methode van interpretatie van de Bijbel en hebben wij via de historisch-kritische methode op een andere manier met de bronnen leren omgaan, toch kunnen wij hun conclusie aanvaarden dat het laatste woord in de geschiedenis door een ander, door De Ander zal worden gesproken. Die gedachte wijd ik graag aan Laurens Winkel, zoveel jaren de trouwe vriend.

Abstract

Throughout the ages the image of Pontius Pilate underwent numerous changes. It varied from time to time and from place to place. In Ethiopia he is venerated as a Saint, whereas elsewhere he is considered to be a despicable judge, responsible for the crucifixion and death of an innocent accused, Jesus Christ. In the seventeenth century he received much attention, both in literature and in pictorial art. Hugo Grotius dedicated a religious play to the suffering and death of Jesus Christ, in which Pontius Pilate played an important part. This contribution aims to analyse the seventeenth century Dutch view of Pontius Pilate.

37 A. Eijffinger, De dichter Hugo de Groot. in: Forum der letteren 19 (1978), pp. 212-226; Over de Christus Patiens van Hugo de Groot Ter Meulen en Diermanse nrs. 31-52, ed. pr. 1608, eveneens opgenomen in Poemata vanaf 1617; zie voorts J.A. Parente, Religious Drama and the Humanist Tradition, p. 116 m.litt., i.h.b. A. Eijffinger, Introductie, in: De Dichtwerken van Hugo Grotius dl. 2 pars 5 a-b. Het werk is reeds vroeg belangrijk geoordeeld, zie L.R. Tittel, Über den Christus patiens des Hugo Grotius, ein Beitrag zur Geschichte des geistlichen Schauspiels, vom Oberlehrer L.R. Tittel. Zwickau, Druck von R. Zückler, 1883.

38 vs. 650 vv. (Pilatus), en vgl. voor Kajafas de vss. 379-380, 421-422 en 539-543 (Dichtw. I 2A, pars 5).

GLANZ DER RHETORIK UND FINSTERNIS DER LOGIK IN EINER ENTSCHEIDUNG MARC AURELS (MARCELL. D. 28,4,3 PR.-1)

Jakob Fortunat Stagl* **

Aucun texte, même des Pensées, ne nous place en contact si direct avec la grande âme du prince (Piganiol)[1].

1. Das Recht des Stärkeren

Die Menschen, in der Regel, verstehen sich aufs Flicken und aufs Stückeln und finden sich in ein verhaßtes Müssen weit besser als in eine bittre Wahl – was in den Worten Schillers[2] „in der Regel" auf die Menschen zutrifft, dürfte für die Juristen geradezu immer gelten[3]. Gelegentlich müssen freilich auch Juristen eine „bittre Wahl" treffen und dann fragt sich, nach welchen Kritierien sie dies tun. Ganz aus sich heraus oder kraft Überzeugung nach Rede und Gegenrede? Das letztere stünde in der großen Tradition der platonischen Dialoge. Der Zuhörer ist hier der Entscheidungsträger und die disputierenden Philosphen sind die Parteien, von denen natürlich beide versuchen, den Zuhörer für sich zu gewinnen. Das mag schmählich klingen, ist Rede doch Rhetorik. Doch was ist ihrerseits Rhetorik? Letztlich die Kunst der Überzeugung einer gegebenen Zuhörerschaft[4] – und diese kann auch aus Juristen und Philosophen bestehen. Dementsprechend gehen Dialektik

1 A. Piganiol, „Les empereurs parlent aux esclaves", in: *Scripta varia*, hrsg. v. Bloch et al. Bd. 3 (1973) 205.

2 F. Schiller, *Wallenstein/Die Piccolimini* I 2.

3 So schreibt W. Ernst in bezug auf das „Kerngeschäft" des modernen Juristen, die Handhabung von Normen, diese müsse sich „soweit irgend möglich, durch Folgerichtigkeit, Widerspruchslosigkeit, Stringenz der Argumentation und Systembezug auszeichen"; „Gelehrtes Recht – Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers" in *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hrsg. v. Ch. Engel u. W. Schön (2007) 3, 27.

4 Statt aller C. Perelman/L. Olbrechts-Tyteca, *La nouvelle rhétorique – Traité de l'argumentation* (1958) *passim*.

* Professor, Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile.

** Ganz besonderen Dank schulde ich Dr. Anja Steiner.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 871-880

und Rhetorik ineinander über[5]. Rhetorik ist, so könnte man sagen, eine Anleitung zum Zweikampf im Geistigen. Und bei diesem Kampf trägt derjenige den Sieg davon, der das Publikum von seinem Standpunkt überzeugt: „Erit, igitur, eloquens … is qui in foro casuisque civilibus ita dicet, ut probet, ut delectet ut flectat. Probare necessitatis est, delectare suavitatis, flectere victoriae" (Cicero)[6]. Dabei ist es keineswegs irrational dem Sieger zu folgen, denn ist er doch der Stärkere und „wer die Macht hat, hat das Recht". Das hat niemand klarer begründet als Pascal:

> Justice Force. Il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste. La justice est sujette à dispute. La force est très reconnaissable et sans dispute. Aussi on n'a pu donner la force à la justice, parce que la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi, ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste[7].

Doch die Rhetorik ist nicht nur eine Kunstlehre des verbalen Zweikampfs, sie hat auch eine Ethik: Zum einen gibt es in der Theorie der Rhetorik selbst die Ermahnung an den Redner, keine unredlichen Sachen zu vertreten[8], zum anderen garantiert der Antagonismus der beiden Parteien ein einigermaßen ausgeglichenes Ergebnis[9]: „non minus pro adversa parte quam pro mea cogitabam" (Quint. Rhet. 7.1.4)[10]. Historisch gesehen ist sie zudem ein Vermittler der *humanitas*[11]. „Nam quum omnis ex re atque verbis constet oratio", so die Begründung Ciceros in De oratore 3, 19) „neque verba sedem habere possunt, si rem subtraxeris, neque res lumen, si verba semoveris". Diese Rolle der Rhetorik zeigt sich in einer berühmten Entscheidung Marc Aurels in der kaiserlichen *cognitio* aus dem Jahre 166 n. Chr.

5 W. Hübner, s.v. Dialektik in *Der Neue Pauly*, hrsg v. Cancik & Schneider, Bd. 3 (1997) Sp. 514. Mit besonderem Bezug auf die Jurisprudenz: U. Babusiaux, *Papinians Quaestiones – Zur rhetorischen Methode eines spätklassischen Juristen* (2011) *passim*; J.F. Stagl, *„La Lis de dotibus socrus et nurus e il potere del favor dotis (Quint. decl. 360)"* in *Index* 40 (2012) 326-341; deutsche Fassung: „Durch Rede zum Recht am Beispiel von Quint. decl. 360" in *Journal on European History of Law* (2013) 2-9.

6 Orat. 21 (69).

7 *Pensée* Nr. 298, ed. Brunschvicg.

8 Quint. Inst. Or. 2, 20. Ausführlich zu dieser Frage V. Scarano Ussani, „Romanus sapiens and civilis vir – Quintilian's theory of the orator acting for the benefit of the imperial power", in: *Quintilian and the Law – The Art of Persuasion in Law and Politics*, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 287ff.

9 Hierzu mit besonderem Bezug auf Quintilian W.J. Witteveen, „The jurisprudence of Quintilian", in: *Quintilian and the Law – The Art of Persuasion in Law and Politics*, hrsg. v. O. Tellegen-Couperus (Leuven 2003) 303, 305ff.

10 Zum besonders starken dialektischen Charakter des *genus iudiciale* H. Lausberg, *Handbuch der literarischen Rhetorik*[4] (2008) § 263 § 63.

11 R. Honig, *Humanitas und Rhetorik in spätrömischen Kaisergesetzen* (1960) 3ff., 27ff. m.w.N.

2. Das Ringen um das Recht in Marcell. D. 28.4.3 pr.-1 (29 dig.)

Strich ein Erblasser nach Perfektion des Testaments („post consumationem testamenti“[12]) einen Erben aus, stellte sich die Frage, ob dieser Akt Gültigkeit habe. Nach *ius civile* blieb die Erbeinsetzung in Kraft, doch konzedierte der Prätor den gesetzlichen gegen die – gestrichenen – testamentarischen Erben die *bonorum possessio* und schütze sie mit der *exceptio doli*[13]. Anders entschied Antoninus Pius: Die gestrichenen Erben galten als *indigni* und an ihre Stelle trat der Staatsschatz[14]. Hieraus ergaben sich aber neue Probleme: Was war mit dem übrigen Verfügungen des Erblassers, blieben sie in Kraft? Dafür spräche wohl der präsumtive Wille des Erblassers, ist es aber nicht ein ehener Grundsatz des römischen Testamentsrechts, daß „heredis institutio caput et fundamentum totius testamenti est“[15]? Wie soll man sich entscheiden, für die Billigkeit oder das System? Auch diese Frage blieb offen, bis Marc Aurel[16] entschied, daß das Testament im übrigen aufrecht bleibe, das sei *humanior*. Was waren seine Argumente und warum entschied er sich, der Auffassung zu folgen, die ihm als „benignus“[17] suggeriert wurde? Offenbar hatten beide Seiten gute Argumente und offenbar war das System des römischen Rechts in diesem Punkte so beschaffen, daß sich aus übergeordneten Rechtssätzen und Dogmen eine Lösung nicht mit Stringenz ableiten ließ. Wenn das Rechtsschöpfungsorgan – sei er Kaiser, sei er Fachjurist – so auf weiter Flur steht und ihm niemand den Weg nach links oder rechts zwingend weist, er sich aber doch entscheiden muß, kommt es auf Überzeugung an und diese wurde offenbar durch die Verwendung des Begriffs *benignus* erreicht, also eines Begriffs der Pathos[18] evozieren soll – eine der Möglichkeiten der Rhetorik, über welche Quintilian sagt, daß sie „dominatur in iudiciis“[19].

12 Zum Begriff P. Voci, *Diritto ereditario romano*[2] 2 Bde. (1963/7) II 482.

13 Gai. 1.151 und 151a. Voci (Fn. 12) II 492ff.

14 Zunnächst Ärar, dann Fiskus. Marcell. D. 28.4.3 (29 dig.); Pap. D. 34.9.12 (16 quaest); idem D. 34.9.16.2 (8 resp.); M. Kaser, *Das römische Privatrecht*[2] I (1971) 726; Voci (Fn. 12) II 494f.; K.P. Müller-Eiselt, *Divus Pius constitut – Kaiserliches Erbrecht* (1982) 191f., mit Nachweisen zu einer überwundenen Gegenauffassung. Zu den Gründen, warum nicht gesetzliche Erbfolge Platz greift Müller-Eiselt cit. 194ff.

15 Gleichsinnig Gai. 2.229. Zu dem Grundsatz Voci (Fn. 12) 110ff.

16 Siehe auch E. Volterra, „Il problema del testo delle costituzioni imperiali“, in: *Scritti giuridici*, hrsg. v. Talamanca, Bd. 6 (1994) 174, meinte, daß es sich um Antoninus Pius handele. Das kann nicht sein, da das Datum aufgrund der genannten Konsuln mit 166 n.Chr. feststeht und der genannte Kaiser 161 n.Chr. bereits tot war; W. Eck, in: *Der Neue Pauly*, sub voce Antoninus Pius.

17 Zum Begriff F. Wubbe, „Benignus redivivus“ in *Festschrift David*, hrsg. v. Ankum et al. (1968) 237ff. = *Ius vigilantibus scriptum (Ausgeswählte Schriften)*, hrsg. v. Pichonnaz (2003) 391ff.; ders., „Benigna interpretatio als Entscheidungskriterium“ in *Festschrift Herdliczka*, hrsg. v. Horak & Waldstein (1972) 295ff. = *Ius vigilantibus scriptum (Ausgeswählte Schriften)*, hrsg. v. Pichonnaz (2003) 415ff. S. auch J.F. Stagl, „Die Ausgleichung von Vorteil und Nachteil als Inhalt klassischer aequitas“, in Mantovani & Aldo Schiavone (Hg.) *Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (2007) 675-713.

18 Ch. Walde, in *Der Neue Pauly*, hrsg v. Cancik & Schneider, Bd. 9 (2000) Sp. 397ff.

19 Inst. 6.2.4.

Blicken wir nun auf den Fall, wie er von Ulpius Marcellus (ca. 125-185 n.Chr.[20]), D. 28.4.3 pr.-1 (29 dig.) in einer Art Erzählung geschildert wird[21]:

> Proxime in cognitione principis cum quidam heredum nomina induxisset et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. plerique etiam legatarios excludendos existimabant. Quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset: nonnullos opinari id iure ipso peremi quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? Non et illud interdum credi potest eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius. (Unlängst im Gericht des Kaisers: Jemand hatte die Namen der Erben gestrichen und seine Güter wurden als verfallen vom Fiskus beansprucht. Waren die Legate, besonders die Legate, die denjenigen ausgesetzt worden waren, deren Einsetzung gestrichen wurde, noch wirksam? Die meisten sprachen sich dahin aus, auch die Legatsempfänger auszuschließen. Dem sei dann zu folgen, warf ich [Marcellus] ein, wenn er den ganzen Text des Testaments ausgestrichen hätte. Einige [der Hofräte] nahmen an, nur dasjenige würde von selbst erlöschen, was gestrichen sei, alles andere aber bleibe wirksam. Wie war also zu entscheiden? Kann man, nämlich, nicht auch unterstellen, daß derjenige, der die Namen der Erben gelöscht hat, meine, daß an deren Stelle die gesetzlichen Erben treten? Aber in Zweifelsfällen ist einer milderen Auslegung zu folgen, sowohl gerechter als auch vorsichtiger.)

Ein Erblasser hatte *post consumationem testamenti* die Siegelschnur seines Testaments erschnitten und die Namen der Erben, nicht aber der Legatare, gestrichen; außerdem hatte er auch eine Freilassungsverfügung gestrichen. Der Fiskus beanspruchte im Rahmen der *cognitio extra ordinem*[22] den gesamten Nachlaß von den gesetzlichen Erben, wie zu vermuten ist[23]: Die Erbenstellung kam in folge des Reskripts von Antoninus Pius dem Fiskus kraft der Streichung der Erben zu. Die Hinfälligkeit der Legate begründete der Fiskus damit, daß die Legate ohne Erbeinsetzung keinen Bestand haben könnten. Im kaiserlichen Rat wurde die Richtigkeit dieser Position erörtert. Die Mehrheit folgte dem

20 Über ihn als Juristenpersönlichkeit: H. Ankum, „Le juriste romain classique Ulpius Marcellus: sa vie et ses oeuvres“, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, hrsg. v. Ruedin (1999) 125ff.; ders., „Quelques observations sur la méthode et les opinions juridiques d'Ulpius Marcellus“ in: *Au-delà des frontières – Mélanges de droit romain offerts à W. Wolodkiewicz*, hrsg. v. Zablocka et al. (2000) 125ff. Über das Werk: J. Rastätter, *Marcelli notae ad Iuliani digesta* (Freiburg Univ.-Diss. 1980).

21 Lit.: M. Avenarius, „Marc Aurel und die Dogmatik des römischen Privatrechts – Kaiserliche Rechtspflege im System der Rechtsquellen und die Ausfüllung von Gestaltungsspielräumen in einer Übergangszeit der Rechtsentwicklung“ in: *Selbstbetrachtungen und Selbstdarstellung*, hrsg. v. van Ackeren & Opsomer (2012) 216ff.; Th. Finkenauer, *Die Rechtsetzung Marks Aurels zur Sklaverei* (2010) 17ff.; T. Honoré, *Emperors and Lawyers*, 2. Aufl. (1994) 17f.; Müller-Eiselt (Fn. 14) 188ff.; N. Palazzolo, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.c.* (1974), 63ff.; Rastätter (Fn. 20) 14f.; Voci (Fn. 12) II 498ff.; V. Wankerl, *Appello ad principem – Urteilsstil und Urteilstechnik in kaiserlichen Berufungsentscheidungen (Augustus bis Caracalla)* (2009) 68ff.; Wubbe (Fn. 17) 396ff.

22 Hierzu M. Kaser/K. Hackl, *Das römische Zivilprozeßrecht*[2] (1976) 447ff.

23 So Finkenauer (Fn. 21) 19.

Fiskus. Marcellus hingegen meinte, nur wenn das gesamte Testament durchgestrichen sei, könne auch der gesamte Nachlaß an den Fiskus fallen. Einige hätten nämlich die Meinung vertreten, bei Streichung bleibe der Rest intakt. Dies könnte den Testator zu dem Glauben verleitet haben, er würde mit der Streichung der testamentarischen Erben den Weg zur gesetzlichen Erbfolge eröffnen und damit die Legate erhalten. Letztlich dürfte es sich aus Sicht der Beteiligten vor allem um eine Frage der Auslegung gehandelt haben[24]. Marcellus beendet seinen Bericht mit der sibyllinischen Maxime[25]: „sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius est quam tutius". Durch das „aber", das im Widerspruch zu seiner eigenen Meinung steht, und der ebenso pathetischen wie abstrakten Ausdrucksweise, macht der Jurist den Leser neugierig, sich mit dem nun folgenden Protokoll der Sitzung des kaiserlichen Rates im Jahre 166 n.Chr[26] zu beschäftigen:

D. 28.4.3 pr. (Fortsetzung)

Sententia imperatoris Antonini Augusti Pudente et Pollione consulibus.

„Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inciderit testamentum suam et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum divi patris mei constitutionem ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur".

et advocatis fisci dixit: „Vos habetis iudices vestros".

Vibius Zeno dixit: „Rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues"?

Antoninus Caesar dixit: „Videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit"? Cornelius Priscianus advocatus <Leonis> [Zenonis] dixit: „Nomina heredum tantum induxit".

Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: „Non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet".

Priscianus dixit: „Manumisit quosdam et legata dedit".

(Urteil des Kaisers Antoninus Augustus [Marc Aurel] unter dem Konsulat von Pudens und Pollio:

„Da Valerius Nepos, nachdem er seinen Willen geändert hatte, sein Testament öffnete und die Namen der Erben strich, ist zu entscheiden, daß seine Erbschaft nach der Konstitution meines vergöttlichten Vaters [Antoninus Pius] den eingesetzten Erben nicht anfällt".

Und den Anwälten des Fiskus sagte er: „Ihr habt eure Richter".

Vibius Zeno sprach: „Ich bitte Dich, Herr und Kaiser, mich geduldig anzuhören: Was bestimmst du hinsichtlich der Legate"?

24 So auch Avenarius (Fn. 21) 238ff.; Müller-Eiselt (Fn. 14) 194; und Wubbe (Fn. 17) 397.

25 Wiederholt als *regula iuris* in D. 50.17.192.1.

26 Voci (Fn. 12) II 499.

Der Kaiser Antoninus sagte: „Meinst Du, daß jemand ein Testament gelten lassen will, der die Namen der Erben gestrichen hat"? Cornelius Priscianus, Anwalt des Zeno, sagte: „Er hat nur die Namen der Erben gestrichen".

Calpurnius Longinus, Anwalt des Fiskus, sagte: „Es kann kein Testament ohne Erbeinsetzung gelten."

Priscianus sagte: „Er ließ einige frei und wandte Vermächtnisse zu".)

Ausgangspunkt ist die Hinfälligkeit gestrichener letztwilliger Verfügungen, also der Wegfall der testamentarischen Erben und damit der Möglichkeit des Anfalls an den Fiskus oder die gesetzlichen Erben; das bringt der Kaiser mit der Verweisung „Vos habetis iudices vestros" zum Ausdruck[27]. Auf die offene Frage der Legate hingewiesen, stellt der Kaiser die Frage, was wohl der Wille des Erblassers sei, der die Erbeinsetzungen gestrichen habe. Die Parteienvertreter antworten ihren Interessen gemäß: Es sei nur ein Wegfall der Erben gewollt gewesen, die Legate aber sollten erhalten bleiben und: Ein Testament könne nicht ohne Erben gültig sein. Cornelius Priscanus – der Fürsprech des Legatars Zeno – weist noch auf testamentarische Freilassungen hin. Das ist ein sehr subtiles Argument, denn wenn das gesamte Testament fiele, fielen auch diese Verfügungen – mit den entsprechenden Konsequenzen für die Sklaven.

Nach einer dramatischen Kunstpause folgt die kaiserliche Entscheidung:

D. 28.4.3 pr. (Fortsetzung)-Lex 1

Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset et admitti rursus eo[s]dem iussisset, dixit: „Causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea dumtaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit". (1) Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit. Antoninus rescripsit liberum eum nihilo minus fore: Quod videlicet favore constituit libertatis. (Kaiser Antoninus [Marc Aurel] schickte alle hinaus, damit er überlegen könne und befahl ihnen, wieder zu erscheinen. Er sagte: „Der vorliegende Fall erheischt eine milde Auslegung dahingend, daß nur die Verfügungen nach dem Willen des Nepos als unwirksam anzusehen sind, die er auch gestrichen hat". (1) Bezüglich des Sklaven, dessen Freilassungsverfügung er [Nepos] gestrichen hatte, ordnete Antoninus [Marc Aurel] an, daß er gleichwohl frei: Der *favor libertatis* begründe seine Freiheit.)

Der Kaiser entscheidet sich für die Wirksamkeit der Legate trotz Kaduzität des Nachlasses. Hierbei handelt es sich um eine Analogie zur Rechtslage bei Nachlässen, welche aufgrund der *Lex Iulia et Papia* kaduk sind[28]: (UE 17, 3) „Caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt: scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca". Die Ratio für diese – dem normalen Recht widersprechende Regel[29] – ist, daß die *Lex Iulia et Papia*, welche die Kaduzität der Ehe- und Kinderlosigkeit wegen

27 Avenarius (Fn. 21) 220.

28 So bereits O. Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis,* 2 Bde. (1889) Marcellus Nr. 263 N. 5, und wohl auch Avenarius (Fn. 21) 223ff., 259.

29 Zum Gegensatz von *ius commune* und *ius singulare* J.F. Stagl, *Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts* (2009) 318ff., 327ff.

ausspricht, eine Unwirksamkeit der übrigen letztwilligen Verfügungen nicht erheischt, die Billigkeit aber ihre Gültigkeit fordert[30].

Doch wie erklärt sich, die im § 1 ausgesprochene Gültigkeit der Freilassungsverfügung? Hierin liegte die Pointe des Falles.

3. Das Recht des Schwächeren

Das Problem des Falles ist in der Literatur bislang übersehen worden, da man das Prinzipum und den § 1 für getrennte Fälle hält[31]. Diese Annahme beruht einmal auf der sprachlichen Fassung des § 1, insoweit dieser nicht explizit an das Prinzipium anschließt, und auf seiner Natur als Reskript. Die überwiegenden Gründe sprechen dafür, Prinzipium und § 1 als eine Einheit zu verstehen, wenn auch zu konzedieren ist, daß der § 1 vielleicht nur dem Sinn nach zur Entscheidung Mark Aurels gehört, nicht in seiner sprachlichen Gestalt[32]. Zunächst und zuvörderst ergibt sich die Zusammengehörigkeit daraus, daß Priscianus die Freilassungsverfügungen des Erblassers im Prinzipium erwähnt („manumisit quosdam"). Die Entscheidung des Kaisers im § 1 ist als eine Antwort auf die im Prinzipium gestellte Frage „Was ist mit den gestrichenen Freilassungsverfügungen?" zu verstehen. Der ganze langwierige Bericht und mit seinen Appellen an „humanitas" und „benignitas" hätte keinen Sinn, wenn er nicht zur Vorbereitung von etwas Besonderem diente – und dieses Besondere liegt im § 1. Ein weiteres Argument ergibt sich aus dem palingenetischen Zusammenhang: Sowohl Prinzipium als auch § 1 stammen aus dem 29. Buch der Digesten Marcellus' und dieses stand nach Lenel unter Rubrik „Ad legem Iuliam et Papiam". Anknüpfungspunkt ist die Frage, wie mit den übrigen letztwilligen Verfügungen bei kaduken Nachlässen umzugehen ist und bezüglich dieser hatte es in der Epitome Ulpiani (17, 3) geheißen, daß sie wirksam blieben. Würde man das Prinzipium als isoliertes Reskript lesen, so gäbe es keinen Grund, daß Marcellus *dieses* Reskript an *dieser* Stelle bringt: Nur die Ausstreichung der Erbeinsetzung, nicht aber die Ausstreichung der Freilassungsverfügung führt ja zur Kaduzität des Nachlasses. Der palingenetische Kontext spricht also *für* die Zusammengehörigkeit genauso wie die Analogie zur Ulpiani Epitome 17, 3, wo ausdrücklich auf „libertates et legata et fideicommissa" Bezug genommen wird. Was die Fassung des § 1 als Reskript angeht[33], so ist es durchaus möglich, das Wort „rescribere" verallgemeinernd im Sinne von „entscheiden" zu verstehen und nicht technisch im Sinne von „durch Reskript entscheiden". Jedenfalls sind Reskripte nach dem Urteil Nörrs sprachlich kaum von

30 Hierzu R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*[4] (1996) 276ff.

31 So Avenarius (Fn. 21) 245f., und Finkenauer (Fn. 21) 22.

32 So insbesondere Voci (Fn. 12) II 500f., welcher von der Gegenmeinung in Anspruch genommen wird, wenn man auch konzedieren mag, daß er ambivalent bleibt („vicinanza con la sententia sopra ricordata").

33 Hierzu J.-P. Coriat, „La technique du rescrit à la fin du principat" in *SDHI* 51 (1985) 319-348; D. Nörr, „Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit" in *ZRG Rom* 98 (1981) 1-46 = *Historiae iuris antiqui*, hrsg. v. Chiusi et al., Bd. 2 (2003) 1323-1369; U. Wilcken, „Zu den Kaiserreskripten" in *Hermes* 54 (1920) 1-42.

anderen kaiserlichen Konstitutionen, wie Gerichtsurteilen etwa, zu unterscheiden[34]. Ein anderer möglicher Deutungsansatz wäre, daß die zwei Verfahren miteinander verbunden waren und der Kaiser – so wie es sich gehörte – die Anfrage des Sklaven hinsichtlich seiner Freiheit[35] durch ein Antwortschreiben erledigte. Wie dies im Rahmen der Eigengerichtsbarkeit des Prinzips, die ihrer Natur nach eine *cognitio extra ordinem* war[36], nicht möglich gewesen sein soll, das ist schwer zu erkennen. Damit kommen wir zu dem Ergebnis: Prinzipium und § 1 sind eine Sinneinheit[37].

Der Kaiser stand damit vor einem Dilemma: Wenn er der systematischen Argumentation aus dem Erbrecht folgte, welche für ein Testament zwingend eine Erbeinsetzung verlangt, und die Legate für unwirksam hielt – obwohl sie nicht durchgestrichen waren – mußte dies erst recht für die Freilassungsverfügungen gelten – gerade weil sie zusätzlich auch noch durchgestrichen waren. Wenn Marc Aurel der Meinung folgte, welche darnach trachtete, den Erblasserwillen ohne Rücksicht auf den möglichen Systembruch zu verwirklich und dementsprechend die Legate für wirksam hielt, weil sie nicht durchgestrichen, und damit im Willen des Erblassers waren, mußten nach diesem – neuen – Willensprinzip[38] die Freilassungen unwirksam sein – gerade weil der Erblasser durch ihre Streichung ausgedrückt hatte, daß sie nicht mehr von seinem Willen gedeckt waren. Egal welchem der beiden Prinzipien der Kaiser folgt, er kann beide Ziele – Aufrechterhaltung der Legate und der Freilassungsverfügungen – nicht verwirklichen, ohne sich mit dem von ihm selbst gemachten Voraussetzungen in Widerspruch zu setzen[39]. Gleichwohl wagt der Kaiser diesen Widerspruch, nachdem er in sich gegangen war. Dieser Moment der Stille dramatisiert das Ringen rhetorisch transportierter Ethik mit dem „Glanz der Logik"[40]. Marc Aurel folgt in seiner Entscheidung dem Ratschlag Marcellus. Des Kaisers Berufung auf „humanitas"[41] ist ein Echo auf das „benignus" des Juristen[42]. Marc Aurel läßt sich, wie Marcellus stolz berichtet, von seiner Rhetorik einnehmen. Er will nicht „malignus" handeln, sondern „benignus" und damit

34 Nörr (Fn. 33) 1332ff.

35 Eine solche vermutet Piganiol (Fn. 1) 204, 210.

36 Allgemein hierzu Kaser/Hackl (Fn. 22) 437ff.; Nachweise zum Begriff 436 N. 4.

37 Wie hier Müller-Eiselt (Fn. 14) 189; H. Wieling, *Testamentsauslegung im römischen Recht* (1972) 145.

38 Müller-Eiselt (Fn. 14) 195.

39 So richtig Avenarius (Fn. 21) 247 m.w.N. zur älteren Lit., der hieraus freilich den falschen Schluß zieht, beide Texte gehörten nicht zusammen.

40 So eine berühmte Formulierung R. v. Jherings, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* Bd. III/1[5] (1906) 319. Hierzu F. Horak, *Die römischen Juristen und der „Glanz der Logik"*, in: *Festschrift für Max Kaser*, hrsg. v. Medicus & Seiler (1976) 29ff. Die Auffassung Honorés (Fn. 21) 18 und Wubbes (Fn. 14) 397; ihnen folgend Avenarius (Fn. 21) 240, der Kaiser habe seine Hofräte bei sich behalten ist daher als textlich unbegründet und dem Sinnzusammenhang widersprechend abzulehnen.

41 Zum Begriff siehe: L. Garofalo, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo* (2008) 118ff.; H. Haffter, *Die römische Humanitas*, in *Neue Schweizer Rundschau* Neue Folge 21 (1953/54) 719ff. = *Römische Wertbegriffe*, hrsg. v. Oppermann (1967) 468ff.; Honig (Fn. 11) 27ff.; C. Maschi, *Humanitas come motivo giuridico con un esempio nel diritto dotale romano* (1949) = *Annali triestini* 18 (1948) 271ff.

42 So auch Wubbe (Fn. 17) 397.

seine Humanität erweisen[43]. Die Entscheidung des Marcellus ist richtig und revolutionär: Sie überwindet im Sinne des *favor testamenti*[44] den Satz, daß ein Testament eine Erbeinsetzung enthalten müsse und sie trägt durch Anwendung des „favor libertatis"[45] bei zur Überwindung des Satzes, daß ein Mensch Gebrauchsgegenstand eines anderen Menschen sein kann[46]. Der Erblasser muß die Freiheitsgewährung *nominatim* widerrufen; Ausstreichen reicht nicht mehr[47]. Seinem – wohlverstandenen – Interesse folgte der Kaiser dabei nicht, wären doch die gestrichenen Sklaven vermittelst des Fiskus an ihn gefallen. Doch ihm ging es nicht darum, das Nützliche zu tun, sondern das Richtige so wie er auch seine Verwaltungsbeamten angewiesen hattte: „Et hi qui rebus nostris attendunt scient commodo pecuniario preferendam libertatis causam" (Inst. 3, 11, 1 i.f[48]).

4. Integrative Theorie der Rechtsfindung bei den Römern

Von den Römer hatte Savigny geschrieben, daß sie bei ihrer Rechtsfindung in Begriffen gerechnet, also deduziert hätten[49]. In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts war dieser Glaube an ein so geschlossenes System nicht mehr bei allen vorhanden[50]. So sprach Kaser von Intuition[51] als Methode der Rechtsfindung und zeigte etwa Vacca Parallelen zum englischen Fallrechtsdenken[52]. Andere versuchten, die Philosophie für die Rechtsfindung zu mobilisieren – wie etwa der Jubilar in seinen Untersuchungen zum Rechtsirrtum[53]. Neuerdings fordert die Rhetorik wieder ihr Recht, so spricht Babusiaux davon, daß die Rhetorik auch eine Heuristik gewesen sei[54]. Was das für die Rechtsfindung bedeutet, zeigt unser Fall: Sich überzeugen lassen ist hier die Methode der Rechtsfindung. Das System hülfe bei diesem Fall nicht weiter, auch das kasuistische Denken nicht – und

43 So auch Piganiol (Fn. 1) 202ff. Wubbe (Fn. 17) 432. Avenarius (Fn. 21) 204ff., 235ff., 242ff., und Finkenauer (Fn. 21) 87f., kommen unter anderem deshalb zu anderen Ergebnissen, weil sie Prinzipium und § 1 nicht als Einheit sehen.

44 A. Guarino, *Diritto romano privato*[10] (1994) § 29.4.2; A. Suman, *Favor testamenti e voluntas testantium* (1926) *passim*.

45 „Libertas omnibus rebus favorabilior est" (D. 50.17.122). Hierzu J. Giltaij, *Mensenrechten in het Romeinse recht?* (2011) 49 s.; und P. Starace, *Lo statuliber e l'adempimento fitizio della condizione* (2006) 23ff.

46 Hierzu jetzt ausführlich J.F. Stagl, „Da 'qualcosa' a 'qualcuno', da 'qualcuno' a 'qualcosa'. Percorsi esatti ed errati sull concetto di persona" in Buongiorno & Lohsse (Hg.), *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten* (2013) 87ff., und ders., „The Rule of Law against the Rule of Greed: Edmund Burke against the East India Company", in *Rechtsgeschichte* 20 (2012) 101ff.

47 Auch Piganiol (Fn. 1) 209, sieht hier eine neue Regel des röm. Erbrechts.

48 Unsere Staatsdiener mögen wissen, daß die Sache der Freiheit gegenüber unseren pekuniären Interessen den Vorrang genießt.

49 *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*[3] (1840) 28f.

50 Horak (Fn. 40) 29ff.

51 *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*[2] (1969) = *Schriften* Bd. I (1976) 3ff.

52 L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano* (1982) *passim*.

53 L. Winkel, *Error iuris nocet – Rechtsirrtum als Problem der Rechtsordnung* (1985) 1-10, 65-76.

54 Babusiaux (Fn. 5) 13-15.

die Intuition? Hätte der Kaiser den Mut zu inkonsequentem Handeln, wenn ihn der Jurist nicht dazu angestachelt hätte? Die rhetorische Methode mit ihrer Möglichkeit zum Pathos ist hier einzig sachgerecht: Der Appell an die „humanitas“ gibt dem Kaiser die Kraft zum gleichzeitigen Systembruch und anschließenden Bruch des Bruches. Soll das heißen, Savigny und Kaser hätten sich geirrt? Nein. Diese Methoden der Rechtsfindung bleiben parallel bestehen und zwar dort, wo sie am Platz sind. So wird die Anwachsung unter Mitvermächtnisnehmer tatsächlich nach logischen Gesichtspunkten vonstatten gegangen sein, wie Lohsse gezeigt hat[55]. So wird im Recht des Besitzes viel echte Kasuistik zu finden sein und in politisch sensiblen Bereichen wie der Ehe wird man es häufig mit Gesetzesrecht zu tun haben, die Rechtsfindung sich also wesentlich auf das Gesetz stützen[56]. Es gibt verschiedene Methoden der Rechtsfindung bei den Römern, die jeweils an ihrem Platz sind – wo dieser Platz ist, das müßte eine integrative Theorie die Rechtsfindung bei den Römern zeigen. Und eine solche Theorie müßte insbesondere berücksichtigen, was unser Fall, wiederum in den Worten Pascals[57], gezeigt hat: *Le cœur a ses raisons que la raison ne connaît point*.

Abstract

In a case of the imperial *cognitio* reported by the jurist Marcellus the testator had erased the heirs from the testament. He had also erased a provision for a slave to be freed. The question arose whether the whole testament, which also contained legacies, was invalid because it lacked the institution of an heir, or whether the legacies and the provision for the slave to be freed should be considered legally valid. In Marcellus' opinion, the legacies ought to be considered legally valid, this being not only the most benign but also the most cautious solution to the problem. The emperor Marcus Aurelius accepted this approach, being convinced that the testator wanted to retain the legacies. This is quite a revolutionary decision in that it overrides the dogma of Roman jurisprudence "nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest". However, the real punch line of the text is hidden in paragraph 1, which has erroneously been considered to be a separate case. The principle underlying the emperor's decision about the legacies is that everything should be done by the law to fulfil the testator's will. From this perspective, it is obvious that the provision for the slave to be freed ought to be void, since the testator had erased it. Marcus Aurelius followed, not this logical approach, but Marcellus' appeal to his humanity.

55 S. Lohsse, *Ius adcrescendi* (2008) *passim*.

56 Stagl (Fn. 29) 27ff., 77ff.

57 Pensées (ed. Brunschvicg) Nr. 277.

THE SERBIAN CIVIL CODE – THE FOURTH CODIFICATION IN EUROPE

Emilija Stanković * **

1. Introduction: General characteristics

The Serbian Civil Code (*Српски грађански законик*) was adopted in 1844. It was the fourth civil code ever written in Europe[1], following on those of France, Austria and Holland. Modelled on the Austrian Civil Code (the *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), it inducted Serbia into the German legal circle.

The usual attitude among Serbian jurists is that the Serbian Civil Code is a shorter version of its main source, the Austrian Civil Code, except in the chapters on family and inheritance, which took into account the specific features of Serbian social relations. No previous research has focused on the specifics, deviations and enduring merits of the Serbian Civil Code; so, believing that these do exist, I shall attempt to spell them out.

Roman law had traditionally been a model for and fundamental part of Serbian law, which was based on the Roman-Byzantine legal tradition. It became positive law in 1219 when Saint Sava's *Nomocanon* was promulgated. Later, when Dusan's Code was compiled in 1349, the tradition of Roman-Byzantine law was perpetuated. However, Serbian customary law and the Canon law of the Serbian Orthodox Church during the Turkish occupation should not be ignored either.

The first bourgeois codifications of the nineteenth century were based on concepts of positive law. Through them, the rules of Roman law became a fundamental part of the Code. No matter how much the Serbian Civil Code owes to its source, its main author,

1 When I told this to Professor Alan Watson in 1998 at a congress in Madrid, he was surprised, and suggested that I enlighten the general public on this fact too. His theory of legal transplants was of great help to me when I explained the appropriation of many of the legal institutions from their source (the Austrian Civil Code).

* Associate Professor of Roman Law, Faculty of Law, University of Kragujevac.

** Symbols are not accidental notions of things and the phenomena that they mark. This is also so with regard to our beloved and highly respected colleague Laurens Winkel. Enjoying his rich scientific opus that has tremendously increased the understanding of Roman law in modern times, we still expect new insights and original thoughts from him. In the light of the collegiality and kindness he has unselfishly lavished on us, I should like through this contribution to express my deep gratitude towards him. Congratulations, dear Professor!

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 881-890

Jovan Hadzic, in some cases uncompromisingly applied the rules of Roman law. This is a logical consequence of the heavy influence of Roman-Byzantine law on Serbian law before the Turkish occupation, and of Hadzic's education in Budapest and Vienna.

Initially it was intended that the Napoleonic *Code civil* be taken as a model for the Serbian Civil Code, and it was translated into Serbian. Later, that idea was abandoned and the Austrian Civil Code took its place. While the Serbian Civil Code was being written, the clash between customary rules and the need to implement modern law was significant. Unfortunately in the sphere of family law (family cooperative) and the law of succession, tradition prevailed, at the expense of many progressive laws contained in the Austrian Civil Code, which could have served as models. The theory of legal transplants[2] helped to explain the loan of, most importantly, the structure of that Austrian Civil Code, as well as certain concrete legal institutions. The legal rules established by the Code in the realm of property law applied for an entire century, some even prevailing until the 1970s. One of the lesser known but more valuable rules of the Code was the acceptance of objective liability in the modern sense. Six years before the French courts did so Serbian courts began making decisions according to the principles of objective liability found in the Code. Unfortunately, because jurists failed to support these rulings, Serbia missed an opportunity to be among the first to integrate this principle into its legislation. Even today, after all this time, some of the rules of the Serbian Civil Code still apply.

The Serbian Civil Code introduced Serbia to current legal trends. Although Serbia's economic development was insignificant, it had a modern legal system. Since it was modelled on the Austrian Civil Code, Serbia initially followed the Germanic legal tradition, although French law subsequently had a far greater influence on it. Serbian law nevertheless continued to form part of the Germanic legal tradition, and occupied an enviable position in the European legal family.

We have seen that Serbia was among the first European countries to have a codification of civil law. There was a special bond between countries that had legal codifications, because they were all based on the idea of positive law, the traditions of Roman and Byzantine law, and many common cultural phenomena. The early civil codification in Serbia allowed it to have stronger ties with European countries.

2. The place of the Serbian Civil Code among European civil codifications

The first complete legal codification was drawn up in France after the bourgeois revolution. The 1804 *Code civil* was just one part of it. It was based on principles of the equality of all citizens, the inviolability of private property and contractual freedom. At the same time, it succeeded in aligning traditional and modern legal institutions: the influence of the *droit écrit* of the South of France, where the Roman law tradition prevailed, and the *droit coutumier* of the North of France, where ancient customary law was dominant. The Code was drafted according to Gaius' system, and most of it still applies today.

2 Alan Watson, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*, Athens, GA., 1974 (tr. *Pravni transplanti pristup uporednom pravu*, Belgrade, 2000, 13).

Following the ratification of the *Code civil,* the notion of codification spread quickly, first to European countries, and then to the rest of the world. In fact, no civil code has had such an influence on the development of civil law in other countries. This influence is still apparent in the civil law of Belgium, Holland and Luxemburg. In Spain, the *Codigo civile* of 1889, still in use today, especially in the sphere of obligations, was strongly influenced by the *Code civil*, as were the civil codes adopted in Romania (1863), Italy (1865)[3] and Portugal (1867).

Because France was a great colonial force in the nineteenth century, its influence in the Middle East, Africa, Indochina and Oceania was substantial. Its legal tradition left a deep imprint on the legal systems of these regions even after their independence. It exerted an even greater influence in Latin America where the codes of nearly all the countries[4] were based on the *Code civil*. Most noteworthy is the 1870 *Louisiana Civil Code,* the cultural impact of which was significant even outside North American borders (for instance in Latin America), undoubtedly for the reason that it was the most Romanist code ever adopted[5].

The *Code civil* owed its impact to cultural strength as well as to its quality, which is confirmed by the fact that, as indicated, most of the *Code civil* still applies in France today.

The influence of the 1811 Austrian Civil Code went beyond the countries in which it had been adopted, but was nevertheless far smaller than that of the *Code civil*, mainly because it was the codification of a revived monarchy, a multinational state, which was in constant danger of disintegrating. Its influence was strong in countries that formed part of the Habsburg Monarchy. The 1852 Code applied in Croatia, Bosnia and Herzegovina and the Military Frontier. In northern Italy, Lombardy and Venice, it applied until Italian unification in 1861. Liechtenstein adopted the Austrian Civil Code before the First World War, as did Czechoslovakia, which retained it for a long time.

The German Civil Code's influence was spread, not by colonial routes, but solely by its intellectual strength. It was under its influence that Japan, Thailand and China codified their law; and in Latin America, where the *Code civil* was dominant, it likewise influenced the codifications of two great countries, namely Brazil and Peru. It also influenced many European countries: Poland, Hungary, Greece and Montenegro.

According to many legal scholars, the Swiss Civil Code has had a far greater impact than the German Civil Code. In the nineteenth century, foreign laws were usually transplanted. In the twentieth century, autonomous attempts to adjust and rewrite laws, by those who sought inspiration in foreign codes, were more pronounced. Thus, the influence of the Swiss Civil Code spread to Sweden, Austria, Poland, Czechoslovakia, Hungary, the former Soviet Union, Yugoslavia, Albania, Greece, Bulgaria, as well as Thailand and pre-communist China. A notable exception is Turkey, for in 1927, during the reign of Kemal Ataturk, it adopted the entire Swiss Civil Code. The success of this

3 Under fascist rule Italy abandoned these legal precepts and in 1942 adopted a new code influenced by German law.

4 Except Brazil and Peru, where the codes were modelled on German examples.

5 Athan N. Yiannopoulos, "Requiem for a Civil Code: A Commemorative Essay", *Tulane Law Review*, 2003, 406.

adoption is amazing, considering that the code of an industrially and culturally developed country was "transplanted" to a country that was barely beginning to adapt to a modern way of life[6]. The transplanted law took root in the new environment and was largely responsible for Turkey's rapid modernisation, and its inclusion in the family of European states.

The influence of the Austrian Civil Code on the Serbian codification was not unusual. The codes of greater and more powerful countries had been modelled on other codifications. It was not easy for Serbia to decide whether to follow the French or Austrian model. The diplomacy of countries wishing to have an influence on Serbian territory played a crucial part in the decision. Prince Milos' initial wish to translate the *Code civil*, adapt it to Serbian customs and apply it was never realised. The transplantation of the Austrian Civil Code was a success, as evidenced by the fact that even today the rules of this Code are still in force when there are no relevant rules of positive law, but subject to the provisions of the *Law on Invalidity of Legal Regulations Adopted before April 6th 1941 and during Enemy Occupation*. Although in this way the Germanic legal tradition prevailed in Serbia, Serbian law was later heavily influenced by French law. However a comparison with the French, Austrian and Serbian codes furnishes evidence, which nevertheless does not change the character of Serbian law, rooted as it is in the Germanic legal tradition.

3. Ratification of the Serbian Civil Code

In 1804, at the dawn of the nineteenth century, Serbs began their struggle for liberation from Turkish occupation and thus announced the revival of their state. The following decades were marked by a chain of events that represented a social, cultural and scientific revolution. Serbia adopted its constitution in 1835. The Lyceum was founded in 1838 and the first law studies began in 1841. A department of law was one of the three existing ones when the Lyceum became a Faculty of Law. Finally, in 1844, the Prince-in-council adopted the Serbian Civil Code, paving the way for Serbia to join Europe. There were two principal legislative measures: one regulated constitutional matters and the other the status of citizens and a wide range of social relations.

Following the success of the second uprising in 1813, Prince Milos gained total control over Serbia. However, frequent insurrections, popular dissatisfaction and the nobility's wish to have a greater role in the government of Serbia forced Milos to contemplate instituting the rule of law and restoring order to the country. In accordance with his decision, by an act of the Prince's Chancellery of 16 February 1829, he ordered that George Zahariades[7] translate "a set of Napoleon's laws". In letters dated 1 June and 22 July 1829, Zahariades was officially assigned to the task[8]. The need to adopt these laws had been acknowledged, and the will to do so existed, but the conditions for the adoption of a civil code were not yet right. The work began in circumstances that

6 Alan Watson, *Pravni transplanti pristup uporednom pravu* cit., 172.

7 The tutor of Prince Milos' son.

8 A. Jovanovic, "Rad na torzestvenim zakonima", *Arhiv* (*Archives*), Belgrade, 1909/8, 257-262.

could not guarantee the required security to the people and their property. It should not be forgotten that civil codes are adopted only "after the socio-economic relations of a capitalist society have developed and become dominant"[9]. At that time, capitalistic relations were only beginning in Serbia, and conditions for the codification of civil law were therefore non-existent. Nonetheless, Milos, having at the same time to confront other problems, reluctantly initiated the legislative process.

Milos' Decree 910 of 30 May 1829 appointed Vuk Stefanovic Karadzic to translate Napoleon's Code. According to his records, Karadzic was meant to translate the *Code civil* word-for-word into Serbian, after which the secretary Dimitrije Davidovic would choose which parts were fit for Serbs and leave out the rest[10]. This plan was rejected by Prince Milos, and it was suggested to the Prince that he should rather model the code on Austrian laws, which were in force on the Military Frontier and in closer places, and would appeal to the people in the Principality of Serbia because of their simplicity and brevity[11]. This codification attempt failed, and the Prince commented on the draft as follows: "Were the people who wrote those laws drunk or completely mad? Here and there, mixed in are foreign words which our people cannot understand …"[12].

Prince Milos did not abandon the new law. In a speech to the Parliament in Kragujevac on 1 June 1834, he promised that trials in Serbia would be conducted according to new penal and civil laws. If these laws were adopted, "every Serb would find defence not in the mind of the judge but in the law itself"[13].

In Serbia, the dearth of educated jurists made codification even more difficult. In 1836, Prince Milos asked the Austrian government to allow Jovan Hadzic, a senator from Novi Sad, and Vasilije Lazarevic, the mayor of Zemun, to move to Serbia so that they could work on the codification[14]. When these two looked at the initial attempt, they realised that not only had it been based on the Napoleonic code, but that much of that code had been translated word-for-word into Serbian; although some small parts had been omitted, and even smaller parts added. "In our opinion, this Code is not adapted to Serbs and Serbia …"[15]. The *Code civil* was therefore rejected as a model of a code of civil law in Serbia.

Prince Milos believed the code ought to be based on customary law, but although Hadzic promised the Prince that it would, he sought inspiration in the Austrian Civil Code. This was a logical choice for him: he had been a student at the University of Budapest where he received a doctorate in law; he had then furthered his studies at the University of Vienna for two years. At both universities, it was compulsory to study Roman law in depth. As an Austrian citizen, upon arriving in Belgrade, Hadzic contacted

9 P. Guzina, "Istorijski osvrt na karakter i znacaj srpskog gradjanskog zakonika iz 1844 godine", *Istorijski glasnik* (*The Historical Gazette*), Belgrade, 1949/1, 28.

10 Vuk Stefanovic Karadzic, *Vukova Prepiska, Knjiga 1* (*Vuk's Records, Book 1*), Belgrade, 1907, 353.

11 A. Jovanovic, "Zakonodavstvo Kneza Milosa", *Pravda* (*Justice*), br. 51, Belgrade, 1907.

12 *Porota list za pravne i drzavne nauke*, (*Jury A Newspaper for Legal and State Studies*), Belgrade, 1881, 302-303.

13 "Knjazevska crpska kn'igopecatnja", *Novine Srpske* (*Serbian Newspaper*), 1835/5, 2.2.

14 Jovan Hadzic was tasked with drafting a civil code and Vasilije Lazarevic with drafting a penal code.

15 A. Jovanovic, "Rad na torzestvenim zakonima", *Arhiv (Archives)*, Belgrade, 1909/9, 19.

Antun Mihanovic, the Austrian consul who, in accordance with Metternich's orders, was trying to eliminate any French influence in Serbia including, naturally, the legislative influence[16]. Nevertheless, it is suspected that Hadzic also used certain chapters of the *Code civil*, but there is insufficient evidence to support this.

Hadzic arrived in Belgrade on 26 April 1837 and began working on the code that he said had to be based on the customs of the Serbian people and to serve their needs. It needed to be all encompassing but not too long, clear and legible. This would curb the autonomy of judges, but also ensure the independence of the judiciary and keep the number of trials within bounds.

Because Hadzic estimated that the codification would take a long time, he asked the Prince for permission to return to Austria, attend to his business and obtain a permit for prolonged residence in Serbia. He received the permit in June 1838 and returned to Belgrade to begin work on the civil code.

This work was done during a period of political turbulence: Prince Milos left the throne before the codification was completed. Apart from his work on the code, Hadzic was also politically active, and was even considered as something of a protagonist for the Party for the Defence of the Constitution. He left Serbia in 1840 to return to Novi Sad, but not before signing a contract with the Serbian government for drawing up the code. Upon completing a draft in 1842, he sent it to Prince Aleksandar Karadjordjevic who at that time was on the throne of Serbia. The Serbian Civil Code was ratified on 7 April 1844 (annunciation)[17].

4. Customs and modern law

The author of the Serbian Civil Code, Jovan Hadzic, was a highly educated man, brought up in the spirit of liberal philosophy and an exponent of the school of natural law. He loved Serbia, as well as the role of its Legislature, which was attributed to him and which he supported wholeheartedly. He saw himself as the Solon or Lycurgus of a new Serbia[18]. Although the Code was modelled on the Austrian Civil Code and according to many critics was not very original, the scale and importance of this achievement cannot be denied. The criticism most often raised that the new code was not adapted to the social and historical development of Serbia, or to its traditions, does not diminish this achievement. It contained many Romanist ideas that did not coincide with Serbian customs but was still legislation of which Serbs could be proud. The Code was based on one of the greatest of cultural achievements: Roman law. Because Roman law was the foundation of all European codifications, once it had a Code, Serbia became integrated into the European cultural milieu. It should not be forgotten that before the Turkish occupation, Serbian law was based on the traditions of Roman-Byzantine law. One of the most important aspects of the codification was that it clarified property law in Serbia. No less relevant was the establishment of a framework for the development of

16 Slobodan Jovanovic, *Politicke i pravne rasprave (Political and Legal Debates)*, Belgrade, 1990, 276.

17 A major Orthodox holiday.

18 Slobodan Jovanovic, *Politicke i pravne rasprave* cit., 302.

capitalist commerce and financial relations. Seeing that the Austrian Civil Code was its main inspiration, the Serbian Code facilitated and strengthened commercial and cultural ties with Austria. The dream of a connection to Western Europe also became a reality. The creation of the Serbian Civil Code is in fact a fine illustration of law developing mainly through legal "copying and pasting". According to Professor Alan Watson, the most frequently copied came from Roman law and from the English legal system. According to his classification, we have here a third group: a situation in which a nation willingly accepts much of a legal system that is applied by another nation or several other nations[19]. It seems as though such transplantations have contributed much more to the development of individual legal systems than to the development of the original system within the framework of its own society. For that reason, the view of some legal experts that law is simply an outflow of a "national spirit", of the social, economic, national and cultural conditions in a particular country, should not be accepted unhesitatingly.

As we have seen, the Serbian Civil Code of 1844 incorporated much of the Austrian Civil Code of 1811. At that time Serbs and Austrians were not at the same level of economic or cultural development, nor did their "national spirit" resemble each other. Nevertheless, the Serbian Civil Code was accepted and applied and to some extent has survived in Serbia's positive law even today. How was this possible? It is possible to borrow law, even as in this case when it is taken from developed systems and "transplanted" into less developed ones, provided that enough attention is paid to the modification of borrowed legal norms. They need to be adapted and adjusted according to the level of development and the needs of the societies that are adopting them. Only then is "copying and pasting" successful. Jovan Hadzic succeeded in doing this. He adopted most of the Austrian Civil Code, with the exception of the chapters on family law and the law of succession. In these fields, he had to give preference to the significantly more conservative Serbian customary law. At that time in Serbia the position of men in society was better than that of women, and male children had advantages over female children in matters of succession. Jovan Hadzic, a highly educated jurist of liberal bent, had to accept the realities of Serbian life and adjust the Code to correspond to Serbia's levels of commercial and cultural development as well as the structure of its society. Naturally, certain dissatisfied social circles disapproved.

To ensure that the new laws were in keeping with the national spirit, Prince Milos himself ordered that research be undertaken into the legal customs concerning ownership and the law of succession of various countries. A commission was set up to conduct the enquiry, its role being to inform the Legislature about "what is suitable for our nation and what is not"[20]. Hadzic and Prince Milos clashed on the question of the rights to succession of female children. Hadzic, in accordance with his beliefs and the provisions of codifications of the time, condemned Serbian legal traditions that denied female children the right to inherit. The reason for such traditions was that at that time the individual family unit was unimportant in Serbia. It was a period when the family cooperative was

19 Alan Watson, *Pravni transplanti pristup uporednom pravu* cit., 58.

20 PC. Prince Milos 17/12/1837 to Hadzic; Hadzic to the Prince 20/12/1837; Hadzic and Lazarevic to the Prince 24/08/1838; in: Aleksa Jovanovic, "Rad na zakonima kneza Milosa", *Arhiv za pravne i drustvene nauke* (*Archive for Legal and Social Studies*), 25/11/1907, 17.

the usual unit. This was the most noteworthy legacy of the agricultural system of the past, being a self-sufficient organisation whose produce was used for its own needs, not for a larger market. A cooperative was not only a commercial entity but also a living community. It was an association of life, work and property. This form of community became stronger in Serbia and in other Balkan countries during the Turkish occupation[21]. In a cooperative, the estate belongs to the whole family, and all the members exploit it together. It is logical that, in such a family, the right to succession is limited to male descendants. They remain in the family, and the property they inherit remains within the community, because they do not depart from it. Female descendants generally marry and join other families (unions), so that what they inherit goes to a different community. In this situation, traditions prevailed and the exclusion of female children from succession became the norm.

This led to great dissatisfaction among the local intelligentsia (from Belgrade, of course). Even at that time, the individual type of family had become dominant in urban areas, and the idea that male and female children should have equal rights of succession had gained wide acceptance. However, the city areas were still underdeveloped, and the critics did not manage to obtain equal treatment of children. The loudest criticism came from women in Belgrade; mothers who could not bear the thought that their daughters would be deprived of their inheritance. They cursed and damned Hadzic "wherever they found themselves"[22]. The provision was also condemned by the first commentator on the Code, Dimitrije Matic, who claimed that an "obvious injustice" had been done to female children[23]. Serious and vehement criticism continued, so that two years after ratification of the Code, the Council established a commission to revise the law of succession. However, all its efforts to change the position of female children never went beyond dialogue and good intentions.

Hadzic also preserved Serbian customary law within family law. A married woman was considered to be equal to an older minor in terms of working ability. This was the same view found in the *Code civil*. The Austrian Civil Code was more liberal, but Hadzic had had to make concessions to the customs and public opinion prevalent at the time in Serbia. These legal rules made up the more conservative part of the Code, according to which customary norms had to be respected. This discrimination against women, together with its negative consequences, continued for a long time.

Hadzic is considered to be responsible for the destruction of the Serbian traditional family – the family cooperative. He was condemned as the man who destroyed a traditional Serbian institution, as someone not alive to cultural perceptions and who wanted to subject the Serbian people to western rules and laws. Whether Hadzic did this because he did not fully understand the legal nature and social function of the Code, or deliberately, in order to facilitate the birth of commerce and financial relations is not

21 A. Gams, "Znacaj srpskog gradjanskog zakonika za Srbiju u XIX veku", in: *Sto deset godina od donosenja Srpskog gradjanskog zakonika* (*A Hundred Years Since the Adoption of the Serbian Civil Code*), Belgrade, 1996, 19.

22 Memorial C.K.A XXX, Hadzic to Vozarovic, 11/01/1847.

23 Matic, D., *Obasnene Gradjanskog zakonika za Kneževstvo srpsko (Explanation of the Serbian Civil Code)*, vol. I, Belgrade, 1850, 540.

really important. The fact is that easier trade relations contributed to social development and better contact with Europe. Possibly the greatest achievement of the Serbian Civil Code was its establishment of a legal system of (civil) private property. Paragraph 211 provides "that every Serb is the total master of his possessions, so that he is entitled to enjoy them and dispose of them at will, to the exclusion of all others, [of course] within the limits of the law." This description, like the Roman definition of ownership, gives the owner the right to do with his possessions what he wants[24]. Hadzic's courage in framing this definition is all the more remarkable, considering that at the time Serbia was rife with remnants of antiquated notions of property that were stalling progress. These were forms of customary law relating to collective property: communal property, communal forests and grazing areas, selling and buying between relatives, and many other rights. The establishment of the inviolability of private property was of inestimable value, both at the time of its introduction and in the future progress of Serbia. The farmer was proclaimed the free owner of his land. At the same time, feudalism still existed in the Habsburg Monarchy, Romania, Turkey and some other European countries. The introduction of private property created the opportunity for the expansion of trade relations, financial industry and capitalism, and for the more rapid development of Serbia.

The Serbian Civil Code came into being during a very important time for Serbia. Liberation from the Turks ushered in a new era that brought different and new relations in all spheres of life. However, these new types of relations lacked adequate legal regulation. Wishing to be remembered as a great leader, Prince Milos made a wise decision when he ordered the drafting of a civil code. Rules of Roman law were integrated straight into the Code from various sources. Hadzic also inserted such rules of his own initiative, because he was a connoisseur of Roman law. Had the development of commerce and financial relations been at a higher level, the influence of Roman law would certainly have been more pronounced. However, the strong influence of Byzantine law on Serbian medieval law should not be forgotten, and it is therefore possible to speak of the continuous influence of Roman law on Serbian law.

The part played by the Serbian Civil Code in the development of law and the Serbian state in the nineteenth century was invaluable. Even today, the role of the Code in the creation and development of law must not be underestimated, and one-sided and unfounded criticism of it must be rejected.

24 Bartolus *ad* D 41.2.17.

Abstract

The 165th anniversary of the adoption of the Serbian Civil Code was in 2009. Some of its provisions, such as those concerning bequests, still have the force of positive law, which illustrates its continued relevance. The Serbian Civil Code was adopted in 1844, and was the fourth civil code in Europe after those of France, Austria and Holland. It was modelled on the Austrian Civil Code and inducted Serbia into the German legal sphere. Roman law, with its traditions and reception, had from the outset been a fundamental component of Serbian law, which was founded on the Roman-Byzantine legal tradition. Through Saint Sava's *Nomocanon*, written in 1219, it became the positive law of Serbia. Later, upon the adoption of Dusan's Code in 1349, the tradition of Roman-Byzantine law continued, although the influence of customary law and Orthodox Canon law cannot be discounted. In the nineteenth century, Serbia undertook civil codification much earlier than many more developed countries. In the conflict between customs and more progressive ideas in the domain of family law and the law of succession, customary law prevailed. Nevertheless, with the introduction of private property, all traces of feudalism disappeared from Serbia, which cannot be said of many other states at that time. The codification paved the way for the more rapid development of finance and trade relations and consequently also influenced other spheres of life. Serbia built its relations with other countries quickly and successfully.

THEOPHILUS AND THE "INCORPOREAL" HEIR

Bernard H. Stolte*

Those who are interested in the readership of Justinian's Institutes in sixth-century Constantinople could do worse than to read the so-called *Paraphrasis Institutionum* of Theophilus.[1] In this text, which is the only directly transmitted report of an elementary[2] course given in the law school of Constantinople, we get a glimpse of the way Justinian's *prima legum cunabula* were explained to the *cupida legum iuventus* of the time.[3]

It is not necessary to elaborate on the nature and value of the *Paraphrasis* here. By far the greater part of the *Paraphrasis* is a translation into Greek of the *Institutiones*, but there are many passages in which the *antecessor* inserts explanations of the text.[4] These explanations give an idea of what apparently was considered helpful for a better understanding of the text. They often occur at the beginning of a title, in order to introduce the transition from one subject to another. One such case has drawn my attention and has given rise to this note.

Titles 15 and 16 of Book II of the Institutes deal with testamentary clauses containing provisions for cases in which the intended heir will not be able or will not wish to accept the inheritance: if this comes to pass, the clause calls a "substitute" heir to the inheritance. Title 15 concerns "ordinary substitutions", title 16 the special case of "substitutes for children".[5] The text of the Institutes is fairly concise, and Theophilus must have felt that

1 References are to J.H.A. Lokin, R. Meijering, B.H. Stolte and N. Van der Wal (eds.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum. With a translation by A.F. Murison*, Groningen, 2010. For the title *Paraphrasis* see the Prolegomena, p. ix n. 1. References below are to the lines of Theoph. 2,16 pr. of the Greek text in this edition (pp. 354 and 356), elsewhere they refer to its page and lines. Translations are Murison's unless indicated otherwise.

2 The *Epitome Iuliani* is another such "course report", but teaching Justinian's Novels was not an elementary course. See W. Kaiser, *Die Epitome Iuliani. Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht*, Frankfurt, 2004, and n. 4 below.

3 The expressions occur in the introductory constitution *Imperatoriam*, rubr. and § 3.

4 H.J. Scheltema, *L'enseignement de droit des antécesseurs*, Leiden, 1970, 17-21= repr. in his *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, N. van der Wal et al. (eds.), Groningen, 2004, 58-110 and esp. 71-74.

5 *De pupillari substitutione*, thus translated by P. Birks and G. McLeod (*Justinian's Instititutes*, London, 1987).

* Professor of Byzantine Law, University of Groningen.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 891-897

his audience stood in need of a few explanatory words. The result is a *principium* of this title that differs considerably from the Institutes. Theophilus puts a stronger emphasis on the difference between ordinary and pupillary substitutions. If the heir is an *extraneus*, ordinary substitutions are possible in many cases, of which he gives examples, but if the heir is a child of the testator, such an ordinary substitution is possible "in one case only" (8), namely, if the son *in potestate* dies before his father. This is explained by positing the opposite situation: suppose the father dies before the son, no substitution is possible, for the son becomes at once heir to his father, "not even on abstention losing the incorporeal name. For the incorporeal name of inheritance, once attached to a man, passes with difficulty to another" (12-14; we shall return to these words in a moment). For this particular case another substitution has been created, the pupillary one, "which is applicable in the case of children of our own, and not only in the case of children, but also of persons subject to our power, and not only of persons subject to our power, but also of *sui* under puberty" (thus Murison's translation at 15-17, but see below).

Having thus narrowed down the circumstances in which a pupillary substitution would take effect, Theophilus gives the standard form of the pupillary substitution: "Let my son be heir; but, if he become heir and die under puberty, let So-and-so be his heir" (18-19). He thereupon paraphrases the words of the Institutes, but again intercalating explanations when he translates Inst. 2,16, pr., lines 6-10, pointing out that these words are in part an ordinary substitution (*uulgaria*), in part a *pupillaria*, so that the whole clause could be termed a *uulgaropupillaria* one (22).

Of course these are not the only additions to the Justinianic text. Already, a few paragraphs further down, for example, we read a *protheoria*, a preliminary remark.[6] The beginning of title 16 of book II, however, seems particularly illustrative of Theophilus' method when approaching a new subject. Two points seem worth making. One concerns substance, the other terminology.

First, nowhere else, not even in Gaius, do we find so accessible an explanation of the *pupillaris substitutio*.[7] Its didactic form helps to explain Justinian's text. (We may remember that Theophilus had cooperated in drafting the Institutes.[8]) Reading again our edited version of Murison's translation (at 355, lines 18-20) it appears that we should perhaps have clarified his words at this point. As they stand, they could be taken to suggest that the repetition of οὐ μόνον ... ἀλλὰ καὶ ... widens the concept παῖς. This is not what is meant: on the contrary, these qualifications define the concept by adding requirements a παῖς must meet before coming within the scope of the clause. I would now propose to continue after "which is applicable in the case of children of our own" with "who are not only our children, but also subject to our power, and not only subject to our power, but also *sui* under puberty".

6 See Scheltema, *Antécesseurs* (n. 4), 18 = 72.

7 Our modern manuals essentially explain the pupillary substitution in the same terms: see M. Kaser, *Das römische Privatrecht* I, München, 1971, 689-690; and vol II, München, 1975, 493.

8 Const *Imperatoriam* § 3: ... Theophilo et Dorotheo viris illustribus antecessoribus ...

Second, the terminology is unusual, to say the least. The expression ἀσώματον ὄνομα τῆς κληρονομίας is, as far as I know, unique to Theophilus; nevertheless it does not seem to have attracted much comment.[9]

The adjective ἀσώματος is standard for *incorporalis*. A *hereditas* is a *res incorporalis*, as Theophilus had explained at Inst. 2,2,2: Ἀσώματά ἐστιν ἅτινα ἐν δικαίῳ συνίσταται, οἷον κληρονομία. This should not be read without referring to § 1, where the distinction between *incorporalis* and *corporalis* is made:

Theophilus 2,2,1	Translation by Murison (225)
Ἐπειδὴ δὲ τῶν πραγμάτων τὰ μέν ἐστι σωματικὰ τὰ δὲ ἀσώματα (σωματικὸν δέ ἐστιν ὃ καὶ ὀνόματι γνωρίζεται καὶ ἁφῇ καὶ θέᾳ ὑποπίπτει, οἷον ἀγρὸς ἐσθὴς οἰκετής, ἀσώματον δέ ἐστιν ὃ νῷ μόνῳ γνωρίζεται οὔτε δὲ ἁφῇ οὔτε θέᾳ ὑποπίπτει) ...	Things, then, are either corporeal or incorporeal. (A corporeal thing is a thing that is known by a name and is also capable of being touched and seen, as land, a house, clothing, a slave. An incorporeal thing is a thing that is known only mentally and is not capable of being touched or seen.)

On the one hand, Theophilus echoes the well-known distinction also drawn in Gaius II 14, with which he was of course familiar, both from having taught Gaius' textbook and from incorporating that passage into Justinian's Institutes. Much has been written on the roots of the distinction in Greek philosophy, which I am not going to review here.[10] On the other hand, Theophilus' own contribution to the definition of *res corporalis* is that it is not only capable of being touched, as in the Institutes, but also "known by name". Theophilus' words have not passed entirely unnoticed,[11] but have received little attention. The emphasis on ὄνομα smacks of the Stoic theory of language, where ὄνομα is that part of a phrase that indicates a special quality (ἰδίαν ποιότητα, οἷον Διογένης, Σωκράτης, as we read with Diogenes Laërtius).[12] The early sixth-century grammarian Priscian, who taught Latin in Constantinople and whom Theophilus may have known, comes close when distinguishing *nomina* denoting a *communis qualitas* and those indicating a *propria qualitas*, but says nothing about *(in)corporalis*.[13] Another possible

9 Not even in the humanist editions. Curtius (1536) simply ignored ἀσώματον, translating *heredis nomen*, which was adopted by Gothofredus (1587) and Fabrot (1638). Reitz (1751) did better with *incorporale hereditatis nomen*, while Ferrini (1884) wrote *incorporale nomen heredis*. The only note devoted to the expression stems from Gothofredus, but is no more than a reference to Inst. 2,2; it is interesting that he comments on ἀσώματον but kept the translation-by-omission.

10 See, generally, F. Wieacker, 'Griechische Wurzeln des Institutionensystems', *ZSSRom* 70 (1953), 93-126 (esp. 103 ff., 111 ff.) with references to older literature; recently G. Falcone, 'Osservazioni su Gai 2.14 e le *res incorporales*', *AUPA* 55 (2012), 125-170 (esp. 128-141).

11 For example, P. Voci, *Diritto ereditario romano* I, Milan, 1967², 155 and 161.

12 Diog. Laërt. VII 57-58 (SVF III, Diog. Bab. 21,22), quoted by C.J. de Vogel, *Greek Philosophy III The Hellenistic-Roman Period*, Leiden, 1964, no. 967.

13 Priscianus, Inst. gramm. II 22. Cf. Wieacker, (n. 10) 104 n. 28, without mentioning Theophilus. See on Priscian R. Helm, *RE* XXII.2 (1954), 2328-2346 s.v. Priscianus 1, who points out that Priscian is more dependent on Greek grammarians than other Latin grammarians (2335).

source could be the Athenian philosopher L. Calvenus Taurus, contemporary and friend ("noster Taurus") of Gellius, who is on record as having written a Περὶ σωμάτων καὶ ἀσωμάτων, which would have corresponded with αἰσθητά and νοητά respectively.[14]

Whatever the philosophical antecedents may have been, for Theophilus the *res incorporalis* is known only mentally (νῷ μόνῳ γνωρίζεται, as opposed to ὀνόματι γνωρίζεται). This opposition renders the combination ἀσώματον ὄνομα all the more surprising. Murison translates it as "incorporeal name", a literal translation that employs two words, for which combination there is no parallel expression such as *incorporale nomen* in Latin legal language, let alone together with *hereditatis*. The literal translation, therefore, does not solve the problem of what Theophilus means, or rather, why Theophilus uses these words to express a phenomenon that is known in secondary literature as *nudum nomen heredis*, dating, if I am not mistaken, from the end of the sixteenth century.[15] It indicates the quality of being heir only in name, for example when someone sells an inheritance, or when a *suus heres* refuses the inheritance. In both cases the original heir remains *heres*, but does not benefit, and is protected against any liabilities, from the estate.

But *nudum* is not ἀσώματον, and *heres* is not κληρονομία; *nomen* is not always ὄνομα, but let us leave that for the moment. First *nudum*. In legal usage, *nudus* indicates that something is missing, which normally one would expect to be present. Theophilus elsewhere uses the standard translations for *nudus*, which are γυμνός and ψιλός:

Inst./Paraphr.	Latin text of Inst.	rendered by Theophilus as
2,1,44	*nuda voluntas*	γυμνὴ βούλησις
2,4,1.4	*nudae proprietatis*	[*nudus* not expressed]
2,5 pr.-1	*nudus usus*	[*nudus* not expressed]
2,14 pr.	*nudam proprietatem*	γυμνὴν PROPRIETARIAN
2,17,8	*nuda voce heredis nomen*	[ἄγραφον ἔνστασιν]
2,19,7	*nuda voluntas*	γυμνὴ βούλησις
4,6,7	*nuda conventione*	ψιλῷ συμφώνῳ
4,11,2	*nudam promissionem*	ψιλὴν ὁμολογίαν

Ψιλός is probably more generally found in legal language. In Inst. 2,16 pr., however, Theophilus does not use either because here he is not trying to point out that the heir is not a real heir but an heir in name only, without the positive and negative economic

14 See K. Praechter, *RE* VA, 1934, 58-68 s.v. Tauros 11 (esp. 61-62, where he confesses to second thoughts on this point after his 'Nikostratos der Platoniker' in *Hermes* 57 (1922), 481-517 (esp. 511). Cf. again Wieacker, (n. 10), 110 ("mit genau denselben Worten umschreibt nicht zufällig Theophilos Inst. 2,2,1 das von Justinian wörtlich übernommene *quae tangi non possunt* des Gaius II 14. Die stoische Lehre wird hier der Durchbildung des Redeteils ὄνομα (nomen) dienstbar gemacht.") See below.

15 Examples may be found, e.g., in Cuiacius, Hotman and Favre. I have not found the *ipsissima verba* in the Digest. The nearest is D. 38,17,2,8 with *nudum nomen sui heredis*; cf. D. 38,2,6,2 *quamvis nomine sit heres.* But we note especially that Theophilus is speaking about *hereditas*, not *heres*.

consequences of that position. Rather, he emphasises that the mere quality of being *heres* is difficult to discard in the case of a child *in potestate* who is *suus heres*. It is this same aspect of a *suus heres* that he discusses elsewhere, too:

- At Inst. 2,19,5 (388, 10-11) Theophilus repeats virtually the same words, although the text of the Institutes does not use a similar expression: again he uses the expression to elucidate the text.

- Inst. 3,1,5 treats the case of a *paterfamilias* who has been condemned for *perduellio* after his death: he then is unable to have a *suus heres*, since he is succeeded by the fiscus. The text ends with *sed potest dici ipso iure esse suum heredem, sed desinere*. Here Theophilus (490, 10-12) is able to point this out as an exception to the rule: ἰδοὺ τοίνυν θέμα, ἐν ᾧ τὸ ἀσώματον ἐμπαγέν τινι τῆς κληρονομίας ὄνομα ἀφίσταται αὐτοῦ: "Here, then, is a case in which the incorporeal name of the inheritance first attaches to a man and then passes away from him" (491).

- An abbreviated version, and therefore a less clear example, is Inst. 2,23,3 (456, 3). It notes that (*is qui restituit [hereditatem]*) *nihilo minus heres permanet*), which Theophilus translates as οὐδεν ἧττον μένει κληρονόμος, but adds by way of explanation ἐπειδὴ τὸ ἀσώματον αὐτῷ προσεπάγη: "nevertheless he remains heir, because the incorporeal right is vested in him" (457). Theophilus uses here τὸ ἀσώματον without ὄνομα τῆς κληρονομίας, but undoubtedly means the same.

Common to these cases is the ὄνομα τῆς κληρονομίας. What is a κληρονομία? Let us return to Theophilus' own definition, where he is not just translating:

Theoph. 2,2,2	Trans. Murison (p. 225)
Ἀσώματά ἐστιν ἅτινα ἐν δικαίῳ συνίσταται, οἷον κληρονομία. καὶ τί ἐστι κληρονομία; δίκαιόν τι φανεροῖς τρόποις συνιστάμενον νῷ καταλαμβανόμενον, ὃ ποιεῖ με τῆς ἑτέρου δεσποτείας ἀθρόον γενέσθαι δεσπότην.	Now, rights are incorporeal things; for instance, an inheritance. What, then, is an inheritance? A right created in certain modes, apprehended only mentally, and constituting me universal owner of another man's estate.

This is not the definition we read in D. 50,16,24 (Gaius 6 *ad ed. prov*.) and its version in Bas. 2,2,22:

Nihil est aliud hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit.	Κληρονομία ἐστὶ διαδοχὴ εἰς ὁλόκληρον δικαίου, ὅπερ ὁ τελευτήσας εἶχεν.

There can be no doubt that Theophilus was familiar with this definition. If we compare the two, Theophilus is emphasising the quality of being heir, whereas Gaius is speaking about its consequence, the succession. In the case under discussion, where the *suus heres*, while remaining heir, nonetheless is not entitled to nor liable in the estate of the deceased *paterfamilias*, he still has the quality of *heres* (κληρονομία), but does not receive the estate, *hereditas* (κληρονομία). To express the difference between the two meanings of κληρονομία, Theophilus defines the former as τὸ ἀσώματον ὄνομα τῆς κληρονομίας, the "name" or quality of *heres*, which is ἀσώματον, literally "without a body", "abstract".

It is appropriate that it should qualify κληρονομία and not κληρονόμος. For Theophilus κληρονομία here is not the *hereditas* as a *res incorporalis*, but the quality of being *heres*, its consequence normally – but not in this case – being succession, and thus the acquisition of a *res incorporalis*, the *hereditas* (κληρονομία). In my view, Theophilus deliberately avoids the term "right" (δίκαιον) for the quality of being *heres*. I would propose to translate τὸ ἀσώματον ὄνομα τῆς κληρονομίας as "the abstract quality of heir", which fits the context of what Theophilus discusses at Inst. 2,16 pr., for which the translation "incorporeal" is less suitable. One might of course object that incorporeal and abstract are the same, namely without a body (*corpus*, σῶμα); so why not maintain "incorporeal"? My answer would be that it helps to do justice to Theophilus' distinction between κληρονομία as a quality and as a *res incorporalis*. A *res incorporalis* is still a *res*, that is an "asset of economic value, and it is in this wide sense that Gaius and Justinian speak of the law of things".[16] That is precisely what Theophilus did not mean at Inst. 2,16 pr.

For the wider context of Theophilus' words we must, of course, look at contemporary Byzantine sources. This is not the place for a full exploration of the semantic field of ἀσώματον, but one case is too interesting not to mention. In Bas. 11,1,63 we find a rather extensive paraphrase of C. 2,3,2, a rescript of Severus and Caracalla of 202. If the vendor of a *hereditas* is able to prove that the buyers have undertaken voluntarily to defend actions on the part of creditors of the *hereditas*, that vendor will enjoy the protection of a tacit *pactum*. In the text of the Basilica the possible liability of the vendor is motivated by the words ὡς ἔχοντος ἔτι τὸ ἀσώματον τῆς κληρονομίας, "since he still has the quality of *heres*", an explanation not explicitly given in the Codex. The manuscript Coislinianus gr. 152 contains a scholion (no. 7 = BS 310,6) in explanation of ἀσώματον and quotes:

Κανών ἐστιν ὁ λεγων ὅτι τὸ ἀσώματον δίκαιον τῆς κληρονομίας ἅπαξ ἐμπαγέν τινι οὐκ εὐχερῶς μεθίσταται πρὸς ἕτερον. Εἶπε δέ, οὐκ εὐχερῶς, διότι εἰ θέλουσιν ἑκουσίως οἱ ἀγορασταὶ τῆς κληρονομίας ὑπεισέρχεσθαι καὶ ἐνοχλεῖσθαι ὑπερ αὐτῆς, οὐκ ἐνοχλεῖται ἔκτοτε ὁ πρῶτον γενόμενος κληρονόμος.	There is a rule that says that the "incorporeal right of inheritance" passes only with difficulty to another. He said, "only with difficulty", because, if the buyers of the inheritance of their own free will wish to enter upon the inheritance and let themselves be troubled for its sake, from that moment the person who has first become the heir no longer can be troubled.

The scholion has been written in the margin of other scholia and is not inscribed with a name, but obviously has been taken from Theophilus. Theoretically, both could have drawn on a common source, but in my view that is extremely unlikely. The text uses τὸ ἀσώματον, turning the adjective into a noun, and the scholion has τὸ ἀσώματον δίκαιον. In other places in the Basilica and their scholia the same variety may be observed, though an independent τὸ ἀσώματον is more frequent. It is my impression that the sharp distinction drawn by Theophilus was lost in later ages, and is perhaps unique to him

16 B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford, 1972, 98.

even in the sixth century. In any case, Theophilus' phrase remains an isolated example in Byzantine legal texts.

To sum up, we may distinguish three meanings of κληρονομία in Theophilus: the quality of being heir, the succession, and the estate. The first of these is not found in the Latin equivalent *hereditas*, and it is this that is meant in the expression τὸ ἀσώματον ὄνομα τῆς κληρονομίας.

Abstract

In his paraphrase of Inst. 2,16 pr. Theophilus explains *pupillaris substitutio* and the phenomenon of the *heres* who is heir in name only. He describes the latter as τὸ ἀσώματον ὄνομα τῆς κληρονομίας, an expression that seems to be unique to him and does not draw on comparable Latin terminology.

RECHTSWAHL BEI AGARISTES HEIRAT – ZU HERODOTS HISTORIEN VI 126-131

Fritz Sturm*

1. Die Quelle[1]

Historien VI 126:

Μετὰ δὲ γενεῇ δευτέρῃ ὕστερον Κλεισθένης αὐτὴν ὁ Σικυώνιος τύραννος ἐξήειρε, ὥστε πολλῷ ὀνομαστοτέρην γενέσθαι ἐν τοῖσι Ἕλλησι ἢ πρότερον ἦν. Κλεισθένεϊ γὰρ τῷ Ἀριστωνύμου τοῦ Μύρωνος τοῦ Ἀνδρέω γίνεται θυγάτηρ τῇ οὔνομα ἦν Ἀγαρίστη. ταύτην ἠθέλησε, Ἑλλήνων ἁπάντων ἐξευρὼν τὸν ἄριστον, τούτῳ γυναῖκα προσθεῖναι. [2] Ὀλυμπίων ὦν ἐόντων καὶ νικῶν ἐν αὐτοῖσι τεθρίππῳ ὁ Κλεισθένης κήρυγμα ἐποιήσατο, ὅστις Ἑλλήνων ἑωυτὸν ἀξιοῖ Κλεισθένεος γαμβρὸν γενέσθαι, ἥκειν ἐς ἑξηκοστὴν ἡμέρην ἢ καὶ πρότερον ἐς Σικυῶνα, ὡς κυρώσοντος Κλεισθένεος τὸν γάμον ἐν ἐνιαυτῷ, ἀπὸ τῆς ἑξηκοστῆς ἀρξαμένου ἡμέρης. [3] ἐνθαῦτα Ἑλλήνων ὅσοι σφίσι τε αὐτοῖσι ἦσαν καὶ πάτρῃ ἐξωγκωμένοι, ἐφοίτεον μνηστῆρες: τοῖσι Κλεισθένης καὶ δρόμον καὶ παλαίστρην ποιησάμενος ἐπ᾽ αὐτῷ τούτῳ εἶχε.

Historien VI 127:

Ἀπὸ μὲν δὴ Ἰταλίης ἦλθε Σμινδυρίδης ὁ Ἱπποκράτεος Συβαρίτης, ὃς ἐπὶ πλεῖστον δὴ χλιδῆς εἷς ἀνὴρ ἀπίκετο (ἡ δὲ Σύβαρις ἤκμαζε τοῦτον τὸν χρόνον μάλιστα), καὶ Σιρίτης Δάμασος Ἀμύριος τοῦ σοφοῦ λεγομένου παῖς. [2] οὗτοι μὲν ἀπὸ Ἰταλίης ἦλθον, ἐκ δὲ τοῦ κόλπου τοῦ Ἰονίου Ἀμφίμνηστος Ἐπιστρόφου Ἐπιδάμνιος: οὗτος δὲ ἐκ τοῦ Ἰονίου κόλπου. Αἰτωλὸς δὲ ἦλθε Τιτόρμου τοῦ ὑπερφύντος τε Ἕλληνας ἰσχύι καὶ φυγόντος ἀνθρώπους ἐς τὰς ἐσχατιὰς τῆς Αἰτωλίδος χώρης, τούτου τοῦ Τιτόρμου ἀδελφεὸς Μάλης. [3] ἀπὸ δὲ Πελοποννήσου Φείδωνος τοῦ Ἀργείων τυράννου παῖς Λεωκήδης, Φείδωνος δὲ τοῦ τὰ μέτρα ποιήσαντος Πελοποννησίοισι καὶ ὑβρίσαντος μέγιστα δὴ Ἑλλήνων πάντων, ὃς ἐξαναστήσας τοὺς Ἠλείων ἀγωνοθέτας αὐτὸς τὸν ἐν Ὀλυμπίῃ

1 Die Textwiedergabe folgt der Ausgabe, die A.G. Godley, Cambridge, Harvard University Press, 1929, veröffentlichte und im Internet unter Perseus Texts abrufbar ist.

* Dr. Dr. h.c., Professor emeritus der Universität Lausanne.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 898-906

ἀγῶνα ἔθηκε: τούτου τε δὴ παῖς καὶ Ἀμίαντος Λυκούργου Ἀρκὰς ἐκ Τραπεζοῦντος, καὶ Ἀζὴν ἐκ Παίου πόλιος Λαφάνης Εὐφορίωνος τοῦ δεξαμένου τε, ὡς λόγος ἐν Ἀρκαδίῃ λέγεται, τοὺς Διοσκούρους οἰκίοισι καὶ ἀπὸ τούτου ξεινοδοκέοντος πάντας ἀνθρώπους, καὶ Ἠλεῖος Ὀνόμαστος Ἀγαίου. [4] οὗτοι μὲν δὴ ἐξ αὐτῆς Πελοποννήσου ἦλθον, ἐκ δὲ Ἀθηνέων ἀπίκοντο Μεγακλέης τε ὁ Ἀλκμέωνος τούτου τοῦ παρὰ Κροῖσον ἀπικομένου, καὶ ἄλλος Ἱπποκλείδης Τισάνδρου, πλούτῳ καὶ εἴδεϊ προφέρων Ἀθηναίων. ἀπὸ δὲ Ἐρετρίης ἀνθεύσης τοῦτον τὸν χρόνον Λυσανίης: οὗτος δὲ ἀπ᾽ Εὐβοίης μοῦνος. ἐκ δὲ Θεσσαλίης ἦλθε τῶν Σκοπαδέων Διακτορίδης Κραννώνιος, ἐκ δὲ Μολοσσῶν Ἄλκων.

Historien VI 128:

Τοσοῦτοι μὲν ἐγένοντο οἱ μνηστῆρες. ἀπικομένων δὲ τούτων ἐς τὴν προειρημένην ἡμέρην, ὁ Κλεισθένης πρῶτα μὲν τὰς πάτρας τε αὐτῶν ἀνεπύθετο καὶ γένος ἑκάστου, μετὰ δὲ κατέχων ἐνιαυτὸν διεπειρᾶτο αὐτῶν τῆς τε ἀνδραγαθίης καὶ τῆς ὀργῆς καὶ παιδεύσιός τε καὶ τρόπου, καὶ ἑνὶ ἑκάστῳ ἰὼν ἐς συνουσίην καὶ συνάπασι, καὶ ἐς γυμνάσιά τε ἐξαγινέων ὅσοι ἦσαν αὐτῶν νεώτεροι, καὶ τό γε μέγιστον, ἐν τῇ συνεστίῃ διεπειρᾶτο: ὅσον γὰρ κατεῖχε χρόνον αὐτούς, τοῦτον πάντα ἐποίεε καὶ ἅμα ἐξείνιζε μεγαλοπρεπέως. [2] καὶ δή κου μάλιστα τῶν μνηστήρων ἠρέσκοντο οἱ ἀπ᾽ Ἀθηνέων ἀπιγμένοι, καὶ τούτων μᾶλλον Ἱπποκλείδης ὁ Τισάνδρου καὶ κατ᾽ ἀνδραγαθίην ἐκρίνετο καὶ ὅτι τὸ ἀνέκαθεν τοῖσι ἐν Κορίνθῳ Κυψελίδῃσι ἦν προσήκων.

Historien VI 129:

Ὡς δὲ ἡ κυρίη ἐγένετο τῶν ἡμερέων τῆς τε κατακλίσιος τοῦ γάμου καὶ ἐκφάσιος αὐτοῦ Κλεισθένεος τὸν κρίνοι ἐκ πάντων, θύσας βοῦς ἑκατὸν ὁ Κλεισθένης εὐώχεε αὐτούς τε τοὺς μνηστῆρας καὶ Σικυωνίους πάντας. [2] ὡς δὲ ἀπὸ δείπνου ἐγίνοντο, οἱ μνηστῆρες ἔριν εἶχον ἀμφί τε μουσικῇ καὶ τῷ λεγομένῳ ἐς τὸ μέσον. προϊούσης δὲ τῆς πόσιος κατέχων πολλὸν τοὺς ἄλλους ὁ Ἱπποκλείδης ἐκέλευσέ οἱ τὸν αὐλητὴν αὐλῆσαι ἐμμελείην, πειθομένου δὲ τοῦ αὐλητέω ὀρχήσατο. καί κως ἑωυτῷ μὲν ἀρεστῶς ὀρχέετο, ὁ Κλεισθένης δὲ ὁρέων ὅλον τὸ πρῆγμα ὑπώπτευε. [3] μετὰ δὲ ἐπισχὼν ὁ Ἱπποκλείδης χρόνον ἐκέλευσε τινὰ τράπεζαν ἐσενεῖκαι, ἐσελθούσης δὲ τῆς τραπέζης πρῶτα μὲν ἐπ᾽ αὐτῆς ὀρχήσατο Λακωνικὰ σχημάτια, μετὰ δὲ ἄλλα Ἀττικά, τὸ τρίτον δὲ τὴν κεφαλὴν ἐρείσας ἐπὶ τὴν τράπεζαν τοῖσι σκέλεσι ἐχειρονόμησε. [4] Κλεισθένης δὲ τὰ μὲν πρῶτα καὶ τὰ δεύτερα ὀρχεομένου, ἀποστυγέων γαμβρὸν ἄν οἱ ἔτι γενέσθαι Ἱπποκλείδεα διὰ τήν τε ὄρχησιν καὶ τὴν ἀναιδείην, κατεῖχε ἑωυτόν, οὐ βουλόμενος ἐκραγῆναι ἐς αὐτόν: ὡς δὲ εἶδε τοῖσι σκέλεσι χειρονομήσαντα, οὐκέτι κατέχειν δυνάμενος εἶπε ‘ὦ παῖ Τισάνδρου, ἀπορχήσαό γε μὲν τὸν γάμον.’ ὁ δὲ Ἱπποκλείδης ὑπολαβὼν εἶπε ‘οὐ φροντὶς Ἱπποκλείδῃ.’ ἀπὸ τούτου μὲν τοῦτο ὀνομάζεται.

Historien VI 130:

Κλεισθένης δὲ σιγὴν ποιησάμενος ἔλεξε ἐς μέσον τάδε. ‘ἄνδρες παιδὸς τῆς ἐμῆς μνηστῆρες, ἐγὼ καὶ πάντας ὑμέας ἐπαινέω καὶ πᾶσι ὑμῖν, εἰ οἷόν τε εἴη, χαριζοίμην ἄν, μήτ᾽ ἕνα ὑμέων ἐξαίρετον ἀποκρίνων μήτε τοὺς λοιποὺς ἀποδοκιμάζων. ’ ‘[2] ἀλλ᾽ οὐ γὰρ οἷά τε ἐστὶ μιῆς πέρι παρθένου βουλεύοντα πᾶσι κατὰ νόον ποιέειν, τοῖσι μὲν ὑμέων ἀπελαυνομένοισι τοῦδε τοῦ γάμου τάλαντον ἀργυρίου ἑκάστῳ δωρεὴν δίδωμι

τῆς ἀξιώσιος εἵνεκα τῆς ἐξ ἐμεῦ γῆμαι καὶ τῆς ἐξ οἴκου ἀποδημίης, τῷ δὲ Ἀλκμέωνος Μεγακλέι ἐγγυῶ παῖδα τὴν ἐμὴν Ἀγαρίστην νόμοισι τοῖσι Ἀθηναίων.' φαμένου δὲ ἐγγυᾶσθαι Μεγακλέος ἐκεκύρωτο ὁ γάμος Κλεισθένεϊ.

Historien VI 131:

Ἀμφὶ μὲν κρίσιος τῶν μνηστήρων τοσαῦτα ἐγένετο καὶ οὕτω Ἀλκμεωνίδαι ἐβώσθησαν ἀνὰ τὴν Ἑλλάδα. τούτων δὲ συνοικησάντων γίνεται Κλεισθένης τε ὁ τὰς φυλὰς καὶ τὴν δημοκρατίην Ἀθηναίοισι καταστήσας, ἔχων τὸ οὔνομα ἀπὸ τοῦ μητροπάτορος τοῦ Σικυωνίου: [2] οὗτός τε δὴ γίνεται Μεγακλέϊ καὶ Ἱπποκράτης, ἐκ δὲ Ἱπποκράτεος Μεγακλέης τε ἄλλος καὶ Ἀγαρίστη ἄλλη ἀπὸ τῆς Κλεισθένεος Ἀγαρίστης ἔχουσα τὸ οὔνομα: ἣ συνοικήσασά τε Ξανθίππῳ τῷ Ἀρίφρονος καὶ ἔγκυος ἐοῦσα εἶδε ὄψιν ἐν τῷ ὕπνῳ, ἐδόκεε δὲ λέοντα τεκεῖν, καὶ μετ᾽ ὀλίγας ἡμέρας τίκτει Περικλέα Ξανθίππῳ.

2. Inhaltsangabe

2.1 Der Tyrann von Sikyon[2], Kleisthenes[3], möchte seine Tochter Agariste verheiraten. Bräutigam soll *der* Grieche werden, den er für den Tüchtigsten und Ehrenhaftesten hielte. Als er in Olympia seinen Sieg als Lenker des Viergespanns feierte, ließ er deshalb durch einen Herold ausrufen: Ich lade alle jungen Griechen, die um die Hand meiner Tochter anhalten wollen, für ein Jahr nach Sikyon ein.

2.2 Aus allen Städten Griechenlands, aber auch aus Italien strömten nun Freier in diese Stadt – Herodot führt sie sogar namentlich auf. Kleisthenes wollte sie während eines Jahres auf Würdigkeit und Entschlossenheit prüfen. Zur Steigerung ihrer sportlichen Leistungen hatte er eigens ein Stadion und einen Kampfplatz geschaffen. Er beobachtete aber nicht nur, wie sie sich bei Lauf und Ringen stählten. Er achtete auch auf ihr Benehmen bei den Mahlzeiten, bei denen Kleisthenes an nichts sparte. Ausführliche Gespräche, die er mit jedem führte, gaben ihm Aufschluss über Herkunft und Familie, Erziehung und Bildung seiner Gäste. Am stärksten beeindruckten ihn die Athener; in erster Linie Herakleides, der mit den Kypseliden[4] verwandt war.

2.3 Herakleides verspielte aber regelrecht sein Glück. Kleisthenes wollte seinen Entscheid nach einem grossen Festessen bekannt geben, zu dem er nicht nur die Freier, sondern alle Bürger von Sikyon einlud. Hier bot Herakleides einen Flötenspieler auf und tanzte. Dass er sich sogar auf einem Tisch auf den Kopf stellte und mit den Beinen

2 Nachbarstadt von Korinth, in der die hundertjährige Tyrannis der Orthagoriden bestand.

3 Seine Herrschaft fiel in die Zeit von 600-570 v. Chr. Nach Ansicht Edmond Lévys, Notes sur la chronologie athénienne au VIe siècle, Historia 27 (1978) 513, 520, heiratete Agariste vor 575/4 bzw. 571/0.

4 Die Dynastie der Kypseliden, die als Tyrannen in Korinth herrschten (Herodot V 91ff.), war schon 12 Jahre vor der beabsichtigten Verheiratung Agaristes erloschen. Dynastische Erwägungen konnten also nicht im Spiel sein. Wie James W. Alexander, The marriage of Megacles, The Classical Journal 55 (1959) 129ff., zeigte, lassen sich solche auch nicht den Namen der 13 Freier entnehmen, die Herodot nennt. Einfluss und Machtbereich zu vergrössern, dürfte bei Einladung der Freier nicht Hauptanliegen des Tyrannen gewesen sein.

strampelte, erboste Kleisthenes. Ein so schamloser Schwiegersohn war ihm nicht genehm[5]. „Tisandros Sohn", rief er Herakleides zu, „Dein Tanz brachte Dich um Deine Braut". Sprichwörtlich wurde dessen Antwort: Einem Herakleides ist dies völlig egal: einem Herakleides kann dies nichts anhaben!

2.4 Als Schwiegersohn auserkoren wurde Megakles, der Sohn des Alkmäon[6]. Dabei erklärte Kleisthenes feierlich: „Meine Tochter Agariste gebe ich in die Hand von Megakles nach den Gesetzen der Athener" (Μεγακλέι ἐγγυῶ παῖδα τὴν ἐμὴν Ἀγαρίστην νόμοισι τοῖσι Ἀθηναίων), worauf Megakles erklärte: „Ich gelobe, die Vermählte zur Hand zu nehmen" (Φαμένου δὲ ἐγγυᾶσθαι Μεγακλές). Damit war die von Kleisthenes gewünschte Ehe geschlossen (ἐκεκύρωτο ὁ γάμος Κλεισθένεϊ).

2.5 Die Ehe hatte für die Geschichte Athens weitreichende Folgen. Der Sohn Kleisthenes, der den Namen seines Grossvaters trug, änderte bekanntlich die Verfassung Athens[7]. Der Sohn Hippokrates nannte eine Tochter nach seiner Mutter Agariste. Als sie als Ehefrau des Xanthippos schwanger war, träumte sie, sie brächte einen Löwen zur Welt. Sie wurde Mutter von Perikles.

3. Wahrheitsgehalt

3.1 Der Bericht über Freierwahl und Hochzeit Agaristes ist Teil eines Exkurses. Herodot weist das Gerücht zurück, die Alkmeoniden hätten vor der Schlacht von Marathon dem persischen Feind durch ein verräterisches Signal geholfen[8].

5 Für M.F. McGregor, Cleisthenes of Sicyon and the Panhellenic Festivals, Transactions and Proceedings of the American Philological Association 72 (1941) 266, 269, ist dies böswilliger Klatsch, den die Alkmeoniden über ihre Gegner, die Philaiden, verbreiteten. Anders erklärt die Verstimmung des Brautvaters K.H. Kinzl, Zur Vor- und Frühgeschichte der attischen Tragödie, Klio 60 (1980) 177, 180ff. Herakleides habe mit seinem Tanz die Reform der tragischen Chöre missachtet, die der Tyrann kurz zuvor verordnet hatte. Elke Stein-Hölkeskamp, Adelskultur und Polisgesellschaft, Stuttgart 1989, 118, setzt sich mit diesen Hypothesen nicht auseinander, verwirft sie aber inzidenter. Wenn Herakleides scheiterte, so deshalb, weil „nach den Vorstellungen des Tyrannen sein Benehmen einem stilvollen, für einen Aristokraten angemessenen Auftreten zuwiderlief".

6 Die Alkmeoniden, zu denen Alkmeon gehörte, waren ein reiches attisches Geschlecht, auf dem aber ein alter Fluch lastete (der Archon Megakles liess 636 oder 632 die Anhänger Kylons, die sich an Altäre geflüchtet hatten, abschlachten); vgl. Herodot V 62ff. und G.W. Williams, The Curse of the Alkmaionidai, Hermathena 78 (1951) 32ff., 79 (1952) 3ff. und 80 (1952) 58ff.

7 Die alten vier Phylen, in denen die Aristokratie das Sagen hatte, wurden aufgelöst und ganz Attika unter Einschluss der Hauptstadt in Gemeindebezirke (Demen) zerlegt, die zu zehn neuen Phylen zusammengeschlossen wurden. Jede Phyle wählte 50 Ratsherrn. Der Rat der Fünfhundert wurde oberste Verwaltungsbehörde. Die laufenden Geschäfte nahmen die Prytanen wahr, Ausschüsse, die die Phylen bildeten und jeweils ein Zehntel eines Jahres (also etwa 35-39 Tage) amteten. Tyrannis sollte durch das von Kleisthenes geschaffene Scherbengericht, den Ostrakismus, verhindert wurden; vgl. Robert Cohen, La Grèce et l'hellénisation du monde antique, Paris 1948, 111ff.; Herrmann Bengtson, Griechische Geschichte, 10. Aufl., München 2009, 119ff. Damit wurden erste Wege zu einer demokratischen Verfassung beschritten, die Kleisthenes (508/507 v. Chr.) aber noch nicht erreichte. Aeropag und hohe Ämter blieben Adeligen und Reichen vorbehalten; vgl. Angela Pabst, Die athenische Demokratie, München 2003, 74f.

8 Albin Lesky, Geschichte der griechischen Literatur, 3. Aufl., Berlin/München 1971, 357.

3.2 Mit den Alkmeoniden kam Herodot vielleicht bei seinen Aufenthalten in Athen in engeren Kontakt. Er könnte Einsicht in Berichte erhalten haben, die ihm die Einzelheiten erschlossen, von denen er spricht[9]. Dass hier alles Phantasie und Fiktion ist – wie Herodot oft vorgeworfen wird[10] – ist auch bei unserer Stelle sehr unwahrscheinlich[11]. Dagegen spricht nicht nur der umfangreiche Katalog der Freier, sondern auch das auf Herakleides zurückgehende Sprichwort.

3.3 Nicht auszuschliessen ist freilich, dass, was Herodot in Athen über Vorgänge erzählt wurde, die immerhin mehrere Generationen zurücklagen, romanhafte Züge trägt und sich bei der Hochzeit Agaristes nicht alles genau so zutrug, wie von Herodot überliefert. Der Hergang der Eheschliessung und die dort abgegebenen Erklärungen verlören damit aber nicht ihren rechtshistorischen Erkenntniswert. Sie würden nur zeitlich verlagert. Sie fielen nicht ins 6., sondern ins 5. Jh. v. Chr. Sie zeigten uns zwar nicht, was man in Sikyon beschlossen und erklärt hatte, aber wie man zur Zeit Herodots das von ihm überlieferte historische Ereignis beurteilte und wie Herodot selbst dazu stand[12].

4. Deutung

In rechtlicher Hinsicht wirft Herodots Bericht drei Fragen auf. Lässt unsere Stelle Rückschlüsse auf eine Verdoppelung des Eheschliessungsakts, auf Kumulierung alten und neuen Rechts zu? Zeigt sie, dass die Gültigkeit gemischtnationaler Ehen davon abhing, dass Recht des Ehemanns gewählt, die Braut also dem Heimatrecht des Mannes unterstellt wurde? Bezeugt sie, dass man bei Eheschliessung aus dem eigenen Recht ausbrechen und die Heirat dem Recht unterwerfen konnte, das man für das geeignetste, das passende hielt?

5. Kumulierung

Für Joseph Mélèze Modrzejewski[13] hinterlässt Herodot Spuren alten Rechts: Die Braut wird dem Sieger in einem vom Brautvater angesagten Wettkampf sozusagen als

9 So Michel Alliot, Le conflit de lois dans la Grèce ancienne (maschinenschriftliche Diss.), Paris 1953, 122f.; Ph.-E. Legrand, Hérodote, Histoires, Introduction, 4. Ausgabe, Paris 2003, 30f.

10 Näheres bei Martin Hose, Am Anfang war die Lüge? Herodot der „Vater der Geschichtsschreibung“, in: Martin Hose (Hrsg.), Grosse Texte alter Kulturen, Darmstadt 2004, 153, 172ff., und Bernhard Zimmermann, Handbuch der griechischen Literatur der Antike I, Die Literatur der archaischen und der klassischen Zeit, München 2011, 345ff., 369f.

11 Nicht überzeugen Walter W. How / J. Wells, A Commentary on Herodotus II, Oxford 1912, 117, und George Grote, A History of Greece III, London 1907, 260 Fn. 1, die als Fakt nur die Heirat Agaristes gelten lassen und alles andere für frei erfunden erklären.

12 Das betont zu Recht Alliot (Fn. 9) 124.

13 La structure juridique du mariage grec, Annuaire scientifique de l’Ecole des hautes études politiques, Panteios, Athen 1981, 39, 49 = Scritti Montevecchi, Bologna 1981, 231, 242f. = Statut personnel et liens de famille dans les droits de l’Antiquité, Aldershot 1993, V 39, 49.

Siegestrophäe übergeben[14]. Das Paar hat jedoch in der Stadt der Braut zu verbleiben, da anderswo die Ehe nicht wirksam ist. Wollen die jungen Vermählten ins Land des Bräutigams übersiedeln, ist auch dessen Eheschliessungsform einzuhalten. Der Brautvater hat die Braut dem Bräutigam förmlich anzuvertrauen und der Bräutigam hat diese Übergabe zu bestätigen.

Zu überzeugen vermag diese Deutung nicht. Einmal ist in Herodots Schilderung von einem Wettkampf, den die Freier auszutragen hätten, nichts zu lesen. Zum anderen ist offensichtlich, dass der Tyrann von Sikyon die Freier prüfen, aber sich keineswegs verpflichten will, dem Wettkampfsieger seine Tochter zuzusprechen. Der Beste sollte sich vor allem durch Charakter und Benehmen auszeichnen.

6. Mittel zur Ermöglichung einer Mischehe

Louis Gernet[15], Jean-Pierre Vernant[16], Anne-Marie Vérihac und Claude Vial[17] gehen davon aus, dass sich bei Mischehen, die in Athen erst später verboten und unter strenge Strafen gestellt wurden[18], der Eheschliessungsakt[19] in den Formen zu vollziehen hatte,

14 Schon Helmut Berve, Die Tyrannis bei den Griechen I, München 1967, 31, sprach vom Sieg im Agon.

15 Mariages de tyran, in: Eventail de l'histoire vivante. Hommage à Lucien Febvre II, Paris 1953, 41, 51 = Anthropologie de la Grèce antique, Paris 1976, 344, 357.

16 Mythe et société en Grèce ancienne, Paris 1974, 71 Fn. 46.

17 Le mariage grec, du VIe s. av. J.-C. à l'époque d'Auguste, Bulletin de correspondance hellénique, Supplément 32, Athen 1998, 52.

18 Im 6. Jh. v. Chr. gab es solche Beschränkungen noch nicht. An Ehen mit Fremden nahm man, wie auch der Heroldsaufruf des Kleisthenes und der Zustrom der Freier zeigen, nicht den geringsten Anstoss. In Athen geht das Verbot auf einen Antrag des Perikles (451 v. Chr.) zurück, der sich aber später von seinem eigenen Gesetz dispensieren liess. Das Gesetz scheint auch im Peloponnesischen Krieg (431-404 v. Chr.) trotz riesiger Menschenverluste nicht aufgehoben worden zu sein; vgl. Walter Erdmann, Die Ehe im alten Griechenland, München 1934 (Nachdruck New York 1979) 168ff.; Vérilhac/Vial (Fn. 17) 53ff. Näheres zur umstrittenen Reform des Perikles bei Jean-Marie Hannick, Droit de cité et mariages mixtes dans la Grèce classique. A propos de quelques textes d'Aristote (Pol. 1275b, 1278a, 1319b), Antiquité classique 45 (1976) 132ff., und K.R. Walters, Perikles' Citizenship Law, Classical Antiquity 2 (1983) 314ff., der alle bisherigen Deutungen verwirft und 331ff. behauptet, Perikles habe aus bevölkerungspolitischen Erwägungen heraus verboten, Sklavinnen und Söhne freizulassen, die ihre Herren gezeugt hatten. Die einschlägigen Gerichtsreden zu Bürgerrechtsfragen (Isaios und Demosthenes) und das diesbezügliche Schrifttum werten Otto Müller, Untersuchungen zur Geschichte des attischen Bürger- und Eherechts, Jahrbuch für classische Philologie, Supp. 25 (1899) 661ff., und Artur Ledl, Das attische Bürgerrecht und die Frauen, Wiener Studien. Zeitschrift für klassische Philologie 29 (1907) 173ff., 30 (1908) 1ff. und 173ff., aus. Älteres Schrifttum bei Müller (oben) 664f.

19 Nur ein Verlöbnis sehen in der ἐγγύη Th. Thalheim, Zu den griechischen Rechtsalterthümern II, Hirschberger Gymnasialprogramm, Hirschberg 1894, 3ff.; ders., Ἐγγύησις, RE 5 (1905) Sp. 2567f.; Bernhard Kübler, Bespr. zu Hruza, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechts, SZ 15 (1894) 393, 395f.; Justus Hermann Lipsius, Das Attische Recht und Rechtsverfahren II 1, Leipzig 1908, 469; Ludwig Mitteis, Römisches Privatrecht I, Leipzig 1908, 272; Josef Partsch, Griechisches Bürgschaftsrecht I, Leipzig 1909, 46ff.; Francesco Bozza, Il matrimonio nel diritto attico, Annali Catania 1 (1934) 352ff.; Ugo Enrico Paoli, Studi di diritto attico, Florenz 1930, 197ff.; ders., Famiglia (Diritti di), Diritto attico, NDI 8 (1961) 35, 38 Nr. 6; Eva Cantarella, La ΕΓΓΥΗ prima e dopo la legislazione di Solone nel diritto matrimoniale attico. Rend. Ist. Lomb.

die das Heimatrecht *des* Ehegatten vorschrieb, in dessen Stadt sich die Neuvermählten niederlassen wollen. Kleisthenes hätte also als Eheschliessungs- und Ehewirkungsstatut nicht generell Recht Athens gewählt, sondern sich eines Rechtsgeschäfts bedient, das in Form und Wirkungen den Gesetzen Athens entsprach.

Mit dieser Technik sollte sicher gestellt werden, dass die Ehe in der Stadt, in die das junge Paar zog, nicht angefochten werden konnte.

Bedenken gegen diese Deutung bestehen aber in doppelter Hinsicht. Einmal, weil der Ausdruck ἐγγυῶ ... νόμοισι τοῖσι Ἀθηναίων ganz allgemein von in die Hand geben, anvertrauen[20] spricht, also nicht auf ein besonderes, dem Recht Athens eigentümliches Rechtsgeschäft anspielt, mit dessen Formel sich der Tyrann vertraut gemacht hatte und das er nun als fremdes Recht vor aller Augen ins Werk setzte. Zum anderen, weil wir nicht wissen, ob überhaupt und inwieweit das Eheschliessungsrecht Sikyons vom Recht Athens abwich[21].

7. Wahl des geeignetsten Rechts

7.1 Man wird also Alliot zu folgen haben, der in der Erklärung eine echte Rechtswahl sieht[22]. Kleisthenes bricht aus dem an sich anwendbaren Recht Sikyons[23] aus und wählt für das junge Paar *die lex*, die ihm als die geeignetste, passendste erscheint, nämlich das Recht der Stadt, in der sich das junge Paar niederlassen wird.

98 (1964) 121ff. = Alberto Maffi / Lorenzo Gagliardi (Hrsg.), Diritto e società in Grecia e Roma, Mailand 2011, 219, 229, 245, 259; Vernant (Fn. 16) 57f.; E.J. Bickerman, La conception du mariage à Ahènes, BIDR 78 (1975) 1, 8ff.; Arnaldo Biscardi, Diritto greco antico, Mailand 1982, 98f. Anderer Ansicht sind m.E. aber zu Recht Ernst Hruza, Die Ehebegründung nach Attischem Rechte, Erlangen 1892 (Nachdruck Paderborn 2012), 25ff.; Ludovic Beauchet, Histoire du droit privé de la République athénienne I, Paris 1897, 124, 127, 131 (abrufbar http://gallica.bnf.fr/ark); H.F. Hitzig, Zum griechisch-attischen Rechte, SZ 18 (1897) 146, 153f.; Egon Weiss, Griechisches Privatrecht I, Leipzig 1923, 225; Erdmann (Fn. 18) 225ff., 232, 239; Hans Julius Wolff, Die Grundlagen des griechischen Eherechts, TR 20 (1952) 1, 157ff. = Erich Bernecker (Hrsg.) Zur griechischen Rechtsgeschichte, Darmstadt 1968, 620, 632ff.; Vérilhac/Vial (Fn. 17) 247ff. Unklar Ledl (Fn. 18), Wiener Studien 30 (1908) 11 und 33, der, ohne von Verlobung zu sprechen, die Definition Thalheims übernimmt und später ἐγγυᾶσθαι mit heiraten übersetzt.

20 Γυῖα heisst bei Homer Hände, ἐγγύη ist sprachlich also im Sinn von „in die Hand“ zu verstehen. Ἐγγυᾶν (in die Hand geben) und ἐγγυᾶσθαι (sich in die Hand geben lassen) bezeichneten ursprünglich vielleicht einen realen Akt, das Ergreifen der Hand der Braut, die der Brautvater dem Bräutigam übergibt. So Partsch (Fn. 19) 46ff. und Weiss (Fn. 18) 226. Anders Erdmann (Fn. 18), der an einen Handschlag zur Bekräftigung des Konsenses denkt.

21 Die ἐγγύη war nicht nur im jonisch-attischen Kulturkreis (so Erdmann [Fn. 18] 229), sondern in ganz Griechenland verbreitet; vgl. Beauchet (Fn. 19) 132 mit Quellenangaben; Jean Dauvillier, Le droit du mariage dans les cités grecques et hellénistiques d’après les écrits de Saint Paul, RIDA 7 (1960) 149, 154.

22 (Fn. 9) 124f.

23 Auf *hier* geltendes Recht stellen die Wendungen ab: ἐγγυῆσαι τῷ θείῳ ... γυναῖκα εἶναι κατὰ τοὺς νόμους (Isaios, De Pyrrhi hereditate III 4); ἠγγυᾶτο τὴν μητέρα τὴν ταύτης κατὰ <τοὺς> νόμους ἕξειν γυναῖκα (Isaios, ibidem III 70); ἐγγυηθεῖσαν κατὰ τὸν νόμον (Isaios, Philoktemon 14); ἢν ἂν ἐγγυήσῃ ἐπὶ δικαίοις δάμαρτα εἶναι (Demosthenes, Zweite Rede gegen Stephanos 18); ἐξ ἀστῆς γυναικὸς καὶ ἐγγυητῆς κατὰ τὸν νόμον (Appolodoros, Neaira 106).

7.2 Mag dieser Gedanke auch nicht auf das 6. Jh. v. Chr. zurück gehen, so muss er sich, meint Alliot, doch im Rechtsbewusstsein des 5. Jh. v. Chr. niedergeschlagen haben. Herodot hätte ihn sich sonst kaum aneignen können[24].

7.3 Bestätigt wird diese Deutung, durch eine Inschrift, die Alliot im Anschluss an unsere Herodotstelle erläutert[25], die zweiseitig beschriebene Bronzetafel aus Tegea[26].

Seite A:

Ξουθίαι τõι Φιλαχαίο διακάτι-
αι μναῖ. Αἴ κ' αὐτὸς ἔι, ἴτο , ἀνελέσ-
θο · αἰ δέ κ' ἀποθάνει, τõν τέκνον
ἔμεν ἐπεί κα πέντε Fέτεα
hεϐõντι · αἰ δέ κα μὲ γένετα-
ι τέκνα, τõν ἐπιδικατõν ἔμεν ·
διαγνόμεν δὲ τὸς Τεγεάτα[ς]
κα(τ)τὸν θεθμόν.

Seite B:

Ξουθίαι παρκαθ(θ)έκα τõι Φιλαχα-
ίο τετρακάτιαι μναῖ ἀργυρίο. Εἰ μ-
έν κα ζόε, αὐτὸς ἀνελέσθο · αἰ δέ κ-
α μὲ ζόε, τοὶ υἱοὶ ἀνελόσθο τοὶ γνέ-
σιοι, ἐπεί κα ἑϐάσοντι πέντε Fέτε-
α · εἰ δέ κα μὲ ζõντι, ταὶ θυγατέρες
[ἀ]νελόσθο ταὶ γνέσιαι · εἰ δέ κα μὲ
ζ[õ]ντι, τοὶ νόθοι ἀνελόσθο · εἰ δέ κα
μὲ νόθοι ζõντι, τοὶ σασιστα (*sic*) πόθικ-
ες ἀνελόσθο · [εἰ] δέ κ' ἀνφιλέγοντ(ι, τ-)
οὶ Τεγεᾶται διαγνõντο κα(τ)τὸν
θεθμόν.

24 Freilich musste Herodot einen Zeitabschnitt im Auge gehabt haben, in dem das Verbot von Eheschliessungen zwischen Athenern und Fremden, das Perikles eingebracht hatte, noch nicht galt, denn mit diesem Verbot wurde die Wahl athenischen Rechts gegenstandslos.

25 (Fn. 9) 125ff.

26 R. Dareste / B. Haussoulliers / Th. Reinach, Recueil des inscriptions juridiques grecques, 2e sêrie, premier fascicule, Paris 1898, 59ff. Erläuterung 69ff.; auf Deutsch in: Kai Brodersen / Wolfgang Günther / Hatto H. Schmitt, Historische griechische Inschriften in Übersetzung I, Darmstadt 1992, Nr. 73 S. 50.

Die in arkadischem Dialekt verfasste Urkunde quittiert Bankeinlagen von 200 und 400 Minen. Offenbar erhöhte Xuthias seine erste Einlage. Die auf Seite A eingravierte erste Quittung scheint nämlich durch Hämmern aufgehoben worden zu sein.

Die Quittungen regeln auch, wer nach Xuthias Tod berechtigt ist, die hinterlegte Summe abzuheben. Die zweite Quittung ist hier noch ausführlicher als die erste.

Worauf es für Alliot und uns ankommt, ist aber, dass Streitigkeiten nicht nach Heimatrecht des Einlegers oder der Erben, sondern nach dem Recht der Tegeaten entschieden werden sollen. Sowohl Einlagen als erbrechtliche Befugnisse konnten also einem gewählten Recht unterstellt werden.

Rechtswahl ist also ein sehr altes kollisionsrechtliches Regelungsprinzip. Offen bleiben muss nur, ob es in der griechischen Antike schon eine so herausragende Rolle spielte wie weltweit heute[27].

Abstract

When Kleisthenes, the tyrant of Sicyon, won the chariot race at Olympia, by public proclamation he invited Greeks from all parts to come and compete as suitors for his daughter's hand. From among the thirteen guests, Megakles of Athens was finally chosen. During a great feast organised for the suitors and the whole population, Kleisthenes declared: "According to the law of Athens I give my daughter Agariste into Megakles' hands"; and Megakles promised to give his heart and hand to her. The paper discusses former interpretations of Herodotus' text and points out that Michel Alliot hits the target in recognising, in Kleisthenes' declaration, evidence of the freedom of choice of the applicable law under ancient Greek law.

27 Fritz Sturm / Gudrun Sturm, Einleitung zum IPR, in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Berlin 2012, Rn. 135ff.

THE DEVELOPMENT OF THE CAPE COMMON LAW DURING THE EARLY NINETEENTH CENTURY: WILLIAM PORTER, JAMES KENT AND JOSEPH STORY

Philip Thomas* **

1. Introduction

In matters relating to equity counsel before the Supreme Court of the Cape of Good Hope placed their trust in the author Story on equity.[1] The same author was relied upon in cases of pledge.[2] The sources of law in the Cape Colony after the establishment of the Supreme Court[3] have been depicted with a large brush. This essay attempts to add a miniature, dedicated to Laurens, the legal historian with a wide range of interests, an unlimited source of knowledge, and generous in word and deed. I hope that the description of the unexpected role of the Cape Attorney General as a driving force in the development of Cape law and his respect for Roman-Dutch law may amuse him in his Ciceronian *otium cum dignitate*.[4]

1 PJ Thomas "Did the supreme court of the colony of the Cape of Good Hope have equity jurisdiction?" (2006) 12(1) *Fundamina* 251-270 Annexure C at 267ff.

2 PJ 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.

3 Charters of Justice of 1827 and 1832 created an independent Supreme Court with professional judges.

4 Cicero *Pro Sestio* 96ff; Cicero *De oratore* 2 13 57; 3 15 57; C Wirszubski "Cicero's *cum dignitate otium*: A reconsideration" (1954) 44 *The J of Roman Studies* 1-13.

* Professor Emeritus, Research Fellow, University of Pretoria.

** This work is based on research supported wholly by the National Research Foundation of South Africa (Grant specific unique reference number (UID) 85777); the Grantholder acknowledges that opinions, findings and conclusions or recommendations expressed in any publication generated by the NRF supported research are that of the author, and that the NRF accepts no liability whatsoever in this regard.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 907-915

2. Historical setting

In 1652 Van Riebeeck landed at the Cape of Good Hope to establish a refreshment station for his employer, the Dutch East India Company. It is held that this company had expressed the opinion that the law of Holland would apply in her possessions, and in consequence Van Riebeeck transplanted the law of Holland into Africa. The Napoleonic wars brought the Cape of Good Hope into the ranks of British crown colonies.[5] In accordance with international law the substantive law of the Cape was retained.[6] However, for practical purposes the judiciary was reorganised and English laws of procedure and evidence were introduced. The new judiciary adhered to the binding force of precedent, although the doctrine of *stare decisis* had not been part of Roman-Dutch law,[7] nor been explicitly introduced by the Charters of Justice or other legislation.[8] The first law reporter of the decisions of the Cape Supreme Court was Judge Menzies.[9] Albeit published only after the judge's death,[10] tradition has it that the manuscripts were circulated within legal circles and were accepted as authority for precedent.[11]

3. The principle of judicial unpreparedness

One striking feature of English procedure, the principle of judicial unpreparedness,[12] was also adopted by the Cape Supreme Court.[13] This principle entails that the judge

5 Anthony Trollope *South Africa* (London, 1878) vol 1 ch 1, 2 and 3.

6 In *Campbell v Hall* (1774) Cowp 204 at 209, 98 ER 1045 at 1047 Lord Mansfield incorporated the relevant rule of international law into English common law. Consequently it has also been argued that the British merely followed English precedent.

7 CJ Reid "Judicial precedent in the late eighteenth and early nineteenth centuries: A commentary on Chancellor Kent's *Commentaries*" (2007) 5 (1) *Ave Maria LR* 47-111; GR Dolezalek *"Stare Decisis" Persuasive Force of Precedent and Old Authority (12th-20th Century)* (University of Cape Town, 1989).

8 HR Hahlo & E Kahn *The South African Legal System and its Background* (Cape Town, 1973) at 213-301.

9 Menzies' law reports containing the decisions from 1828 to 1849.

10 R Zimmermann "Die Rechtssprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts" in JV van der Westhuizen *et al Huldigingsbundel Paul van Warmelo* (Pretoria, 1984) 286-307 at 287: "Am Anfang stehen die Menzies' Reports, die aus den nachgelassenen Manuskripten von Justice W Menzies zwanzig Jahre nach dessen Tod im Jahre 1870 von James Buchanan herausgegeben wurden."

11 For example in *Meyer v Low* (1832 2 Menzies, part 1, at 12-16) Cloete, for the plaintiff, quoted *Kotze v Meyer* (7 Sep 1830). The Court was of the opinion that the principle of the decision in the case of *Kotze v Meyer* was sound. SD Girvin "The architects of the mixed legal system" in R Zimmermann & D Visser (eds) *Southern Cross. Civil Law and Common Law in South Africa* (Kenwyn, 1996) 95-139 at 98.

12 FA Mann "Fusion of the legal professions" (1977) 93 *Law Quarterly Review* 367-377 at 369.

13 Zimmermann (n 10) at 306: "(e)in System, das mit englischer Gerichtsverfassung und englischem Prozessrecht auch 'judicial unpreparedness' anstelle des 'iura novit curia' übernommen hatte."

limits himself to the legal arguments raised by the parties.[14] The practical result was that the law of the Cape Colony was shaped by the Cape barristers. At the foundation of the Supreme Court the Cape bar consisted of advocates who had obtained their doctorates of laws in Holland[15] and these "Dutch" advocates were admitted as advocates of the new Supreme Court. However, section 19 of the 1827 Charter of Justice and section 17 of the 1832 charter required that new advocates be admitted to the bar in England, Ireland or Scotland or had obtained a doctorate of laws at Oxford, Cambridge or Dublin. The original judges, Sir John Wylde CJ,[16] Menzies,[17] Burton[18] and Kekewich[19] JJ had all been admitted to the bar in the United Kingdom.[20] However, perusal of reported cases reveals an eclectic variety of sources proffered by counsel and accepted as authoritative by the court. Attention has been paid to the individual judges, but it may be argued that the authorities relied on by the advocates are equally deserving of attention. This essay will deal with William Porter, the Attorney General of the Cape, who played an important role

14 The *curia jus novit*-principle is unknown in the common law tradition. DV Cowen "Early years of aspiration" in DV Cowen & DP Visser (eds) *The University of Cape Town Law Faculty A History 1859-2004* (Cape Town, 2004) 1-23 at 7; Mann (n 12) at 368; Zimmermann (n 10) at 306.

15 IG Farlam "The origin of the Cape bar" (1988) 1(1) *Consultus* 36-40 at 36. H Cloete had studied at Leiden, Utrecht and Groningen and had been called to the English bar. Sir Christoffel Brand had also been called to the English bar and was educated at Leiden; De Wet, Hofmeyr, Joubert and Neethling had all studied at Leiden. See Cowen (n 14) at 3f citing William Bird *State of the Cape of Good Hope in 1822* (London, 1823) at 11.

16 Wylde had gained an LLB at Cambridge (Trinity) in 1805 and had been called to the bar during the same year. He is held to have been successful and in 1815 had been appointed Deputy Judge Advocate of New South Wales. After returning to England in 1825 he obtained his LLD, was knighted and appointed Chief Justice of the new Supreme Court of the Cape of Good Hope. RJ McKay "Wylde, Sir John (1781-1859)" *Australian Dictionary of Biography* available at (*adb.anu.edu/biography/wylde-sir-john-2822* (accessed 14 Apr 2013). Girvin (n 11) at 97.

17 William Menzies (1795-1850) was born in Edinburgh. After graduating from Edinburgh University, Menzies was admitted to the Faculty of Advocates in 1816 and had a good practice at the Scottish Bar. Before sailing for the Cape Menzies spent time in London acquainting himself with the judicial system and law of the Cape, where he became known as a staunch defender of Roman-Dutch law. C Graham Botha "The honourable William Menzies 1795-1850 senior puisne judge of the Supreme Court of the Cape of Good Hope" (1916) 33 *SALJ* 385-404.

18 Burton entered at the Inner Temple in 1819 and was called to the bar in 1824. From 1826 to 1827 he was the recorder of Daventry, presided the local court of Quarter Sessions and practised as a conveyancer and special pleader. On his appointment to the Cape he went to Holland for six months to learn Dutch and study. KG Allars "Burton, Sir William Westbrook (1794-1888)" *Australian Dictionary of Biography* available at (*adb.anu.edu/biography/burton-sir-william-westbrooke-1857* (accessed 11 Apr 2013); see, also, *gutenberg.net.au/dictbiog/o-dict-biogBr-By.html#burton1* (accessed 14 Apr 2013). Cowen (n 14) at 7 holds that Burton's *Observations on the Insolvent Law of the Colony of the Cape of Good Hope* (Cape Town, 1829) shows knowledge of Roman-Dutch law.

19 George Kekewich (1778-1862) gained his BA and MA degrees at Cambridge and was admitted as a barrister at law of the High Court of Chancery to Lincoln's Inn in 1803. He left in 1808 for the Cape, where he became Advocate-General in 1809, surrogate judge Vice Admiralty in 1810, deputy judge Vice Admiralty in 1811, and from 1812-1820 judge and Commissary General. In 1827 he was appointed puisne judge. James Whishaw *A Synopsis of the Members of the English Bar Containing their Academical Degrees, Inns of Court, etc* (London, 1835) at 79; Girvin (n 11) at 100; Albie Sachs *Justice in South Africa* (Berkeley, 1973) at 38; *archiver.rootsweb.ancestry.com/th/read/SOUTH-AFRICA/2009-02/1234120624* (accessed 13 Aug 2013).

20 William Menzies had been educated in Scotland (see n 17 *supra*).

in the development of the common law of the Cape of Good Hope during this formative period and attention will be drawn to his cosmopolitan selection of sources.

4. William Porter

Born in 1805 at Artikelly near Newtownlimadavy, county Kerry, Porter studied law in Dublin and London and was called to the Irish bar in 1831. He was Attorney General at the Cape of Good Hope from 1839 until his retirement in 1865. He drafted the Cape constitution in 1854 and in 1869 was elected to the Cape parliament.[21] Better known for his role as Attorney General and his liberal politics,[22] Porter had the right to private practice and was the third barrister from the United Kingdom to be admitted to the Cape bar.[23] He had practised as an advocate in Belfast, Ireland, until his appointment to the Cape. En route to Cape Town Porter had read Justinian's Institutes and Van der Linden's *Koopmanshandboek* and he quickly acquired a working knowledge of Dutch to make himself familiar with Roman-Dutch law.[24] Admitted as an advocate to the Supreme Court in 1839,[25] he was soon briefed in important civil actions. During his first ten years of private practice Porter appeared in about one hundred major civil cases and by 1862 he had the largest private practice at the bar.[26]

Brink's Trustees v South African Bank:[27] In this typical insolvency case the Irish barrister found his arguments in the first textbook on Cape colonial law, namely *Burton on Insolvent Law*.[28] He thereafter relied on the warhorses of Roman-Dutch law: Grotius,[29] Van Leeuwen,[30] Voet,[31] and Van der Keessel.[32] It stands to reason that these authors lead

21 Sidney Lee (ed) *Dictionary of National Biography 1885-1900* vol 46 (London, 1903) *sv* "Porter, William" at 195; www.forgottenbooks.org/readbook_text/Dictionary_of_National_Biography Pocock-Puckering vol 46_1000489819/195 (accessed 24 Apr 2013).

22 JL McCracker *New Light at the Cape of Good Hope. William Porter, The Father of Cape Liberalism* (Belfast, 1993).

23 Farlam (n 15) at 38f.

24 McCracker (n 22) at 81.

25 McCracker (n 22) at 81f reports that Porter had a brush with Wylde CJ, who wanted him to support his application, which Porter refused, after which Wylde and Kekewich gave in.

26 *Idem* at 82.

27 1847 2 Menzies part 3 at 399-403.

28 WW Burton *Observations on the Insolvent Law of the Colony of the Cape of Good Hope; With an Appendix of Forms* (Cape Town, 1829). Sir William Westbooke Burton (1794-1888) was called to the English bar at the Inner Temple in 1824 and in 1827 was appointed second puisne judge at the Supreme Court of the Cape of Good Hope. Before sailing for the Cape he went to Holland for six months in order to learn the Dutch language and to study Roman-Dutch law (see n 18 *supra*). He drafted the Cape Insolvency Ordinance and published the above textbook on insolvency law.

29 Hugo de Groot *Inleidinge tot de Hollandsche Regsgeleertheyt* ('s Gravenhage, 1631).

30 Simon van Leeuwen *Censura forensis theoretico practica id est totius juris civilis Romani* (Amstelodami, 1685).

31 Johannes Voet *Commentarius ad Pandectas* (Hagae Comitis, 1698-1704).

32 DG van der Keessel *Theses selectae juris Hollandici et Zelandici ad supplendam Hugonis Grotii introductorem ad jurisprudentiam Hollandicam, et definiendas celebriores juris Hollandici controversias* (Lugduni Batavorum, 1800).

him to the European *ius commune* in the persons of Carpzovius,[33] Cujacius[34] and Faber.[35] Neither is Porter's reliance on English common law[36] and equity[37] as well as Scottish law[38] beyond expectation. However, his reliance on budding American law is surprising[39] and deserves further attention as it sheds light on a source of nineteenth century Cape law yet to be investigated.

5. James Kent

James Kent (1763-1847) entered Yale College at age fourteen. After graduation in 1781 Kent started his legal career by signing an apprenticeship contract with a practitioner and worked as a clerk in a law office in Poughkeepsie, the then capital of New York State. In 1785 he was admitted to the bar of the Supreme Court of New York and practised law until he moved to New York City in 1793 on his election to the Chair of Law at Columbia College. Kent was a zealous federalist and his interest in politics led to his elections in 1788 and 1790 to the New York State Assembly. From 1794 until 1798 Kent lectured at Columbia College. In 1796 Kent was appointed Master in Chancery and in 1797 Recorder of the Major's Court of New York City. He became an associate judge of the Supreme Court of New York in 1798 and Chief Justice of this court in 1804. Kent was appointed Chancellor in 1814 and held this position at the Court of Chancery until his retirement in 1823 at age sixty.[40] After his retirement Columbia College offered him a professorship and at the age of sixty-three Kent embarked on an academic career,

33 Benedictus Carpzovius *Jurisprudenta forensis Romano-Saxonica secundum ordinem constitutionum D Augusti electoris Saxonixa in part IV divisa* (Lipsiae, 1656).

34 Jacobus Cujacius *Notae solemnes in codicem Justiniani* OR *Operum postumorum liber quintus sive codex Justinianus, id est ad codicem Justinianum recitationes* (Lutetiae Parisionum, 1658).

35 Antonius Faber (Antoine Favre (1557-1624)) *Codex Fabrianus* (Lugduni, 1610; Geneva, 1659).

36 The reference "Henley on Banctruptcy, p. 294" can be either Robert Henley *A Practical Treatise on the Bankrupt Law As Amended by the New Act of the 6 Geo. IV. c. 16. With an Appendix of Precedents* (London, 1825); OR Robert Henley *A Digest of the Bankrupt Law, With an Appendix of Precedents Framed with Reference to the New Act of 1&2 William IV. c.56* (London, 1832); William Cooke *The Bankrupt Laws* 2 vols (8 ed, London, 1823); JW Smith *A Compendium of Mercantile Law* (London, 1834).

37 *Adams v Claxton* Rolls (1801) 6 Ves Jun 226, 31 ER 1024.

38 James Dalrymple, Viscount of Stair *The Institutions of the Law of Scotland Deduced from its Originals, and Collated with the Civil, Canon and Feudal Laws and with the Customs of Neighbouring Nations* (Edinburgh, 1681); GJ Bell *Commentaries on the Law of Scotland and on the Principles of Mercantile Jurisprudence* (Edinburgh, 1810). George Joseph Bell (1770-1843) was a Scottish advocate and from 1821 professor of law at the University of Edinburgh.

39 In *Brink's Trustees* at 402 Menzies refers to *Storey on Bailments* § 305 and *Kent's Commentaries* vol 2 584.

40 DW Raack "To preserve the best fruits: The legal thought of Chancellor James Kent" (1989) 33(4) *American J of Legal History* 320-366 at 330ff; CF Stychin "The Commentaries of Chancellor James Kent and the development of an American common law" (1993) 37(4) *The American J of Legal History* 440-463 at 441f; DJ Hulsebosch "An empire of law: Chancellor Kent and the revolution in books in the early republic" (2009) 60(2) *Alabama LR* 377-424 at 389ff.

preparing and delivering his law lectures and subsequently publishing the text in his *Commentaries on American law*.[41]

6. The American Blackstone

Kent's judicial opinions as judge and chancellor were characterised by his encyclopaedic legal learning and authorative style. His decisions were often cited and his Chancery opinions formed the basis of equity jurisdiction in the United States.[42]

His *Commentaries on American Law* was one of the first general works on American law and Kent has been labelled the father of American jurisprudence.[43] In spite of the conventional narrative relating how after independence the legal culture was transformed and Americanised and that Kent and his *Commentaries* played a leading role in this process, Kent's work shows the continuing influence of English law on American legal culture.[44] Kent admired the English judiciary and considered the English common law to be the product of much wisdom and experience and the result of the application of dictates of natural reason.[45] Labelled the American Blackstone to indicate that he would have nationalised the body of law, Kent's library and *Commentaries* bear testimony to his reliance on English law. His gift for synthesis and adaptation[46] made his readers oblivious of his sources. Kent arranged conflicting and confused English law reports and created a hierarchy of authority. His readers bypassed the English law books and relied on Kent, obscuring the connection between English and American law.[47] Kent's *Commentaries*, divided in six parts and sixty-eight lectures, were filled with English and New York law but had national ambitions; they became the nation's best selling law books for decades, as before the establishment of law schools they formed most lawyers' introduction to law and their work of reference during their careers. Subsequently, they became the prescribed textbooks at many law schools.[48]

41 The first volume of *Commentaries* appeared in 1826, vol 2 in 1827, vol 3 in 1828 and vol 4 in 1830. Kent revised, edited and added in subsequent editions. See Stychin (n 40) at 443.

42 Before the nineteenth century Anglo-American judges did not write opinions. Kent developed the belief in himself and others that judicial opinions should be carefully written and delivered for publication. A typical Kent opinion sifted through authorities on both sides and tried to persuade that one side was right and that a definitive answer could be expressed as a legal principle. Hulsebosch (n 40) at 401ff; Raack (n 40) at 321. GE White *The American Judicial Tradition Profiles of Leading American Judges* (New York, 1976) at 39: At his maturity Kent was a leading jurist of his day; he had single-handedly revolutionised equity practice in New York.

43 Raack (n 40) at 322 refers to Chief Justice CE Hughes, who described Kent as such in his article "James Kent: A master builder of legal institutions" (1923) 9 *American Bar Association J* 353-359 at 353; Stychin (n 40) at 443; White (n 42) at 39.

44 Hulsebosch (n 40) at 379ff.

45 Raack (n 40) at 335ff. Reid (n 7) at 48 refers to Kent's belief in natural law. Stychin (n 40) at 447 cites from *Kent's Commentaries* vol 1 at 471 where the common law is described as "the application of the dictates of natural justice and cultivated reason to particular cases".

46 Raack (n 40) at 333ff, 337.

47 Hulsebosch (n 40) at 406. English decisions did not have binding authority in America, but had persuasive authority as models for reasoning and doctrinal application.

48 Hulsebosch (n 40) at 386; Stychin (n 40) at 443.

Kent was one of the early republic's most cosmopolitan jurists and made a lasting contribution to the indigenisation of law books and nativism of legal minds. However, this imposing figure in a seminal period of American legal history has suffered from scholarly neglect, which has been based on the belief that Kent was an extreme conservative.[49]

7. Story: Another American Blackstone

Joseph Story was born in Marblehead, Massachusetts, in 1779. He graduated from Harvard College in 1798. From 1799 until 1801 Story studied for the bar in the offices of Samuel Sewall and in 1801 he started to practice in Essex. In 1805 Story was elected to the State legislature of Massachusetts and in 1808 he was elected to the Congress of the United States of America. From 1811 until 1845 Story was an Associate Justice of the United States Supreme Court.[50]

In 1829 Joseph Story was elected to the first chair of the Dane Professorship of Law at Harvard. From 1832 onwards Story published a series of textbooks: On bailments (1832); on constitutional law (1833); on conflict of laws (1834);[51] on equity pleading (1835); on equity (1836); on the law of agency (1839); on partnership (1841); on bills of exchange (1843); and in 1845 on promissory notes.

Michael Hoeflich has addressed Story's relationship to the civil law. Albeit self-taught,[52] it is obvious that Story was well versed in civilian scholarship and in his *Commentaries on the Law of Bailments*[53] he cites Domat, Pothier, Vinnius, Stair, Heineccius, Halifax, the

49 Raack (n 40) at 325; R Gordon "Recent trends in legal historiography" (1976) 69 *Law Lib J* 462-469 at 462; JT Horton *James Kent A Study in Conservatism* (New York, 1939); P Miller *The Life of the Mind in America* (New York, 1965) at 444 proposes that the American elite, represented by Story, Kent and Hoffman, through scholarship created a body of legal literature depicting a coherent and stable legal system and so forced on the unwilling population grudging acceptance of the English common law.

50 MH Hoeflich "John Austin and Joseph Story: Two nineteenth century perspectives on the utility of the civil law for the common lawyer" (1985) 29 *The American J of Legal History* 36-77 at 37, 56f; G Kegel "Joseph Story" (1979) 43 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 609-632 at 609; GT Dunne *Justice Joseph Story and the Rise of the Supreme Court* (New York, 1979 of 1970?); JT McClellan *Joseph Story and the American Constitution* (Norman, 1971).

51 Joseph Story *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, In regard to Contracts, Rights and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments* (Cambridge, 1834), one of the first scholarly works on the topic, influenced Von Savigny. G Kegel "Story and Savigny" (1989) 37 *The American J of Comparative Law* 39-66; KH Nadelmann "Bicentennial observations on the second edition of Joseph Story's commentaries on the conflict of laws" (1980) 28 *American J of Comparative Law* 67-77. The first edition made Story famous and secured him a place in the history of the field.

52 Hoeflich (n 50) at 57. Story collected books on civil law and a supplement to the catalogue of the law library of Harvard University from 1835 listed a donation by Story of foreign law books from the sixteenth to the eighteenth century.

53 *Commentaries on the Law of Bailments With Illustrations from the Civil and the Foreign Law* (Cambridge, 1832). The book was written for both students and practising lawyers. Common law models were Sir William Jones *An Essay on the Law of Bailments* (London, 1781) and the section on bailments in Chancellor Kent's *Commentaries*.

Code Civil, the Louisiana Code of 1825, Erskine and Justinian's Institutes and Digest.[54] Hoeflich believes that Story found his inspiration from the continental legal literature in which the textbook, systematically setting out a specialised field of law, had become prevalent.[55] In his *Commentaries on the Law of Bailments: With Illustrations from the Civil and the Foreign Law*, Story addressed the difference between the continental and the English approach as one of elaborate theory versus a practical treatise containing principles laid down in cases. He endeavoured to find a happy balance between excessive theorising and a mere focus on practice. Each of his commentaries established a system of analysis, cases were placed in the footnotes and did not dictate the format of the work. Story's text is a narrative of principles and rules, while case law, as well as foreign law and Roman law, was used to illustrate these rules and principles.[56] He would cite civilian sources as analogies either to confirm and validate the universality of a common law rule or to contrast the civilian approach to the common law. Story also used Roman law and civil law as a source for filling gaps in the common law; he was unwilling to replace common law with Roman or civil law, but would draw upon these where no common law rule existed.[57]

Story's *Commentaries* were the first modern American textbooks.[58] The holder of a chair at a prestigious university[59] his legal treatises were significant and made a fundamental contribution to development of Anglo-American law.[60] Story was a believer in legal science; that study and practice of law were rational endeavours and that the law had a reason and structure of its own and scientific rules dictated the process by which law was to be created.[61] During his tenure Harvard Law School was the centre of academic development and innovation in legal education for the United States and teaching and study of the common law was fashioned as a science.

54 Hoeflich (n 50) at 58f. German literature was only used if translated as Story could not read German. Hoeflich states that it is clear that Story's knowledge of Roman law derived mainly from secondary sources. See, also, MH Hoeflich "Transatlantic friendships & the German influence on American law in the first half of the nineteenth century" (1987) 35(93) *American J of Comparative Law* 599-611.

55 Hoeflich (n 50) at 61, where Pothier is cited as example.

56 *Idem* at 62, 69.

57 *Idem* at 64f. Story treated Roman law as an alien system to be used if it agreed with English common law and his ideas of justice and fairness, but not on account of any inherent authority or superior rationality.

58 Kent's *Commentaries* provided a multi-volume comprehensive exposition of the law with American case annotations in the commentary format.

59 The Dane Professorship of Law at Harvard.

60 RS Kay "Book review: Supreme Court Justice Joseph Story: Statesman of the old republic by R Kent Newmyer (1985)" (1985/6) 18 *Connecticut LR* 207-219 at 208.

61 Kay (n 60) at 209. RM Stein "The path of legal education from Edward I to Langdell: A history of insular reaction" (1981) 57(2) *Chicago-Kent LR* 429-454 at 447 mentions the impact of Story in law schools founded during or after his tenure and modelled on his methods: 1833 Cincinnati; 1836 Carlyle Law School (Pennsylvania); during the 1840s Yale, Louisville (Kentucky), Lebanon Law School (Tennessee) and New Orleans; 1850 University of Pennsylvania; 1851 Albany. In 1870 the Dane chair was filled with Dean Langdell, who was neither judge nor experienced practitioner, but an innovator of teaching who introduced the case method of study.

The most striking aspect of the work of this leading American jurist has been his cosmopolitan outlook. Story suffered the same fate as Kent and has been depicted as a reactionary representative of misguided anachronistic jurisprudence during the twentieth century.[62] Their fall from grace is mainly the result of a political bad fit.

8. Menzies, Brand and Watermeyer

It is noteworthy that advocates Brand and Watermeyer, who appeared for the defendant in the *Brink's Trustees* case also relied on the American authorities.[63] Menzies J reported the decision as follows: "The court for the reasons founded on by the plaintiffs gave judgment for the plaintiffs as prayed, with costs." This reflects on early Cape law reporting and stresses the absence of the *curia ius novit*-rule.[64]

9. Conclusion

During the first half of the nineteenth century Cape law stood at a crossroads. Whitehall hoped quietly for a gradual assimilation between colonial and English law, but the advocates at the Cape bar relied on an eclectic selection of sources. This essay has lifted a tip of the veil and brought to light that early Cape law borrowed from early American law. Both Kent and Story were pioneers of the early days of American law. Both jurists were products of the Enlightenment and influenced by natural law; spurred on by the demands of academic teaching they turned into system builders, but their judicial careers had endowed them with cautious pragmatism. They found the material for their system in the English common law, which was known and accessible. As rationalists they were aware of the absence of system and science in the latter, but found both in the continental authorities. Porter's selection of both Kent and Story was deliberate and judicious.

Abstract

The role of William Porter, the second Attorney-General at the Cape of Good Hope in the development of Cape colonial law is investigated. Particular attention is given to his American sources, Kent and Story, and the resulting legal pluralism.

62 Kay (n 60) at 207 refers to Dunne (n 50). See, also, SP VanBurkleo "Review R Kent Newmyer *Supreme Court Justice Joseph Story Statesman of the old republic (1985)*" (1986) 3(1) *Constitutional Commentary* 244-254 at 246 who believes that progressive history writing and sociological jurisprudence had a negative judgement of Story. Holmes found him misguided in his search for legal truth. See VanBurkleo at 244: "America's Blackstone" tried to impose scientific order upon American jurisprudence (like his contemporary, Kent).

63 They relied, among others, on Kent *Commentaries* 4 176 and Story *Equity Jurisprudence* 2 248 § 1010 and 270 § 1034-1035.

64 See Cowen (n 14) at 7: "While in form our law is largely the work of judges, in great part judges simply put the stamp of the state's authority on propositions which they have found worked out for them in advance. Their creative work is often the work of intelligent selection."

RATIONALITY AND IRRATIONALITY IN THE ANCIENT GREEK LAW OF PROCEDURE

Gerhard Thür*

Scholarship is rational. Life is irrational and full of emotion. This paper,[1] dedicated to my friend Laurens, will be on rationality and irrationality in the ancient Greek law of procedure. When did the Greeks start deciding legal disputes in a rational way? What did judgements look like before that? After the publication of the masterly book by E.R. Dodds, the topic "the Greeks and the irrational" has boomed. Nevertheless, the legal aspect has been disregarded. The same may be said of the learned contributions on "rationality in Greek thought" in Frede/Striker (1996). In my opinion what is rational or irrational is largely in the eye of the beholder: what people at that time may have considered a completely rational type of adjudication, today seems irrational. Besides, those people might not always have been aware of the consequences of innovations that were introduced into the system.

I shall concentrate on Draco's law on homicide dating back to 621-620 B.C.[2] It is the oldest known Greek statute on bloodshed and its prosecution. At the time of the general revision of laws in Athens in 409-408 B.C., it was copied from wooden blocks, *axones*,[3] onto a marble stele. This stele was found in the1880s in a poor state of preservation. However, quotations from speeches made in Athenian courts of the fifth and fourth century B.C. allow a partial reconstruction, now edited in the *Inscriptiones Graecae* (*IG* I^3 104).[4]

1 I present a slightly enlarged and modified version of a paper presented at the International Conference: *Ius est ars boni et aequi*, Southern African Society of Legal Historians, Pilanesberg 12-16 May 2013. I gratefully acknowledge some comments an' suggestions made by Laurens, who discussed this topic with me several times and brought to my attention Dodds, E.R., *The Greeks and the Irrational* Berkeley, 1951, and Frede/Striker (eds.), *Rationality in Greek Thought* Oxford, 1996.

2 For more details see my forthcoming article "Prozesseide im Gesetz Drakons und ihr Nachleben im klassischen Athen" in: Barta (ed.), *6. Innsbrucker Tagung Lebend(ig)e Rechtsgeschichte', Prozeßrecht und Eid Recht und Rechtsfindung in antiken Kulturen – Verfahrensrecht als erstes Zivilisierungsprojekt – Zur Teleologie rechtlicher Verfahren*.

3 See Davis, Gil, "*Axones* and *Kurbeis*: A New Answer to an Old Problem" 2011 *Historia* 60: 1-35.

4 From 1981, based on Stroud, Ronald, *Drakon's Law of Homicide* Berkeley, 1968: 5.

* Dr. Dr. h.c. mult., Professor Emeritus of Roman Law "Documenta Antiqua – Ancient Legal History", Austrian Academy of Sciences, Vienna.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 916-924

My studies on Draco form part of research I have been doing since 1970 in the law of procedure in the archaic Greek polis.[5] In my view, Draco's law represents an intermediate stage: on the one hand, it is based on the ancient irrational tradition dating from a time when the outcome of litigation was not decided by court judgements, but rather by oaths imposed by the courts and sworn by the parties. On the other hand, in Draco's law we find formal voting by a panel of judges, which was the nucleus of rational decision-making in classical Athens. Scholars have not as yet grasped the great importance of Draco's step in the direction of rationality, a step that has influenced western legal culture up to the present day.

In archaic Greek poleis, purgatory oaths imposed by a law court were very well known. By simply swearing, the defendant could refute the plaintiff's claim. In my opinion, this was then the normal method of settling disputes.[6] Was this method rational or irrational? Today the answer has to be that it was highly irrational. The final verdict depended only on the defendant's fear of the gods he was invoking in the oath formula. If he perjured himself, he had to fear that the gods would subsequently punish him and perhaps all his offspring. Nevertheless, in archaic times when people generally did believe that the gods interfered directly in their lives, the method seemed to be a rational one: no defendant would risk a purgatory oath if he really were guilty. At least social control might discourage him.

The personal skill of archaic judges consisted in finding the correct divinities, competent to punish the culprit; and in formulating precisely the facts to which the defendant had to swear. For example, as a baby the god Hermes stole Helios' cows and hid them in a cave. He could easily have sworn a deciding oath "I did not hide them at home".[7] This would not have been a "straight" (*ithys*) oath but rather a "crooked" one (*scholios horkos*). Thus there was also a great deal of rationality in imposing the correct purgatory oath.

5 Thür, Gerhard, "Zum *dikazein* bei Homer" 1970 *ZRG RA* 87: 426-444; see also Thür, Gerhard, "Die Todesstrafe im Blutprozess Athens. Zum *dikazein* in *IG* I³ 104; Dem. 23, 22; Aristot. AP 57, 4" 1990 *Journal of Juristic Papyrology* 20: 143-156; Thür, Gerhard, "Oaths and Dispute Settlement in Ancient Greek Law" in: Foxhall/Lewis (eds.), *Greek Law in its Political Setting. Justification not Justice* Oxford, 1996: 57-72; Thür, Gerhard, "Der Reinigungseid im archaischen griechischen Rechtsstreit und seine Parallelen im Alten Orient" in: Rollinger/Barta/Lang (eds.), *Rechtsgeschichte und Interkulturalität* Wiesbaden, 2007: 179-195.

6 Thür (n. 5) 2007: 181-91 (and earlier); Sealey, Raphael, *The Justice of the Greeks* Ann Arbor, 1994: 92, 101, 119; Carawan, Edwin, *Rhetoric and the Law of Draco* Oxford, 1998: 57; Schmitz, Winfried, "'Drakonische Strafen.' Die Revision der Gesetze Drakons durch Solon und die Blutrache in Athen" 2001 *Klio* 83: 7-38 at 27; Sommerstein, Alan H./Bayliss, Andrew J., *Oath and State in Ancient Greece* Berlin/Boston, 2013: 61, 115; pace e.g. Talamanca, Mario, "'*Dikazein'* e *krinein'* nelle testimonianze greche più antiche" in: Biscardi (ed.), *Symposion 1974* Köln, 1979: 103-133 at 106-117; Gagarin, Michael, "Oaths and Oath-Challenges in Greek Law" in: Thür/Vélissaropoulos-Karakostas (eds.), *Symposion 1995* Köln, 1997: 125-134 at 131-133; Cantarella, Eva, "Modelli giurisdizionali omerici: il giudice unico, la giustizia dei vecchi" in: Cantarella/Thür (eds.), *Symposion 1997* Köln, 2001: 3-19 at 13 (= *Diritto e società in Grecia e Roma* Milano, 2011: 151-169 at 163); Cantarella, Eva "Dispute Settlement in Homer: Once Again on the Shield of Achilles" in: *Mélanges en l'honneur P.D. Dimakis* Athens, 2002: 147-165 at 159 (= *Diritto e società*, see above, 2011: 171-191 at 183); Westbrook, Raymond, "The Trial Scene in the Iliad" 1992 *Harvard Studies in Classical Philology* 94: 53-76 (= *Law from the Tigris to the Tiber* I. Winoma Lake, IN., 2009: 303-327) is less interested in procedure.

7 *Homeric Hymns* 4.378-396.

I shall base my interpretation of Draco's law on these assumptions. There is only one problem: the law does not mention oaths at all. However, conclusions from later periods will help. I shall focus on lines 11-13. Before dealing with this text, I shall discuss the reason for Draco's legislation and the strange beginning with the use of the word καί (and/even) in line 11.

1. Why did Draco enact his law on homicide?

Did he intend, as is generally believed, to codify the homicide law of his time[8] or did he respond – albeit in a quite general way – to real problems in Athenian society? I hold the second view.[9] The law was a response to an actual historical situation.

Let us have a look at the beginning of the first *axon*.[10] I translate the preserved text with all its possible variations: "And when (or: even if) someone kills another without intention, he is exiled (or: he shall stand trial). The *basileis* ("kings," or at any rate magistrates) are to *dikazein* (for the moment I shall not translate this word) responsible for homicide … (now, according to the *stoichedon* order of the inscription there is a gap of exactly seventeen letters) … the person who was planning (conspiring or, preferably, advising, *bouleuein*). The *ephetai* (a board of fifty-one dignitaries, not magistrates) are to *diagnonai* (again not translated)." The following text deals with the private pardoning of the killer (*aidesis*) by the victim's relatives after they have accepted blood money (*poine*). Provisions follow, regulating by what degree of kinship someone must be related to the victim in order to be entitled to file a private law suit, a *dike phonou*. In classical Athens, homicide was still a private matter, there being no public prosecution.[11]

From speeches made in Athenian courts,[12] we know that in the lacuna in line 12, the alternative to *bouleuein*, however we translate it, must have been "killing by one's own hand." Since the publication of the work of Hans Julius Wolff on the subject, this has been

8 Recently Gagarin, Michael, *Writing Greek Law* Cambridge, 2008: 93-109, discussing earlier literature.

9 Thür, Gerhard, "Gesetzeskodizes im archaischen und klassischen Athen" in: *Mélanges en l'honneur P.D. Dimakis* (n. 6): 631-640, following Humphreys, Sally, "A Historical Approach to Drakon's Law of Homicide" in: Gagarin (ed.), *Symposion 1990* Köln, 1991: 17-45.

10 *IG* I³ 104, 10-13: πρõτος ἄχσον· | καὶ ἐὰμ μὲ ̀κ [π]ρονοίας [κ]τ[ένει τίς τινα, φεύγ]ε[ν·δ]ι|κάζεν δὲ τὸς βασιλέας αἴ̣τιο[ν] φό[νο] E ... 17 ... E [β]ολ|εύσαντα··τὸς δὲ ἐφέτας διαγν[õ]να[ι]. [αἰδέσασθαι δ̀--- .

11 MacDowell, Douglas M., *Athenian Homicide Law in the Age of the Orators* Manchester, 1963: 8-32.

12 Ant. 6.16: Μεμαρτύρεται μὲν οὖν ὦ ἄνδρες περὶ τοῦ πράγματος ἃ ἐγὼ ὑμῖν ὑπεσχόμην. ἐξ αὐτῶν δὲ τούτων χρὴ σκοπεῖν ἅ τε οὗτοι διωμόσαντο καὶ ἃ ἐγώ, πότεροι ἀληθέστερα καὶ εὐορκότερα. διωμόσαντο δὲ οὗτοι μὲν ἀποκτεῖναί με Διόδοτον <u>βουλεύσαντα</u> τὸν θάνατον, ἐγὼ δὲ μὴ ἀποκτεῖναι, μήτε χειρὶ <u>ἐργασάμενος</u> (Dobree: <u>ἀράμενος</u> mss.) μήτε βουλεύσας. (17) αἰτιῶνται δὲ οὗτοι ... (You have heard the witnesses testify to the facts, gentlemen, as I promised you. From these you must examine what each side swore and decide which of us was more truthful and swore more correctly. They swore that I killed Diodotos by planning his death, but I swore I did not kill him either by my own hand nor by planning ... (Transl. Gagarin in Gagarin, Michael/MacDowell, Douglas M., *Antiphon and Andocides* Austin TX, 1998, but see below n. 35)) and Andoc. 1.94: καίτοι οὗτος ὁ νόμος καὶ πρότερον ἦν ... τὸν <u>βουλεύσαντα</u> ἐν τῷ αὐτῷ ἐνέχεσθαι καὶ τὸν τῇ <u>χειρὶ ἐργασάμενον</u>. (And the following law not only existed in the past ... "One who has planned an act shall be liable to the same penalty as one who committed it with his own hand." (Transl. MacDowell in Gagarin/MacDowell, above)).

beyond dispute,[13] but it is still not certain what the exact words were that supplemented the seventeen missing letters. *Bouleuein* was an indirect way of killing, committed with and – as we shall see – without the intention of killing.

This introduction was necessary in order to provide an explanation of Draco's reasoning. Can a legislator, who wants to codify homicide law, begin his law code with "and"? And, moreover, would he start with unintentional killing? Scholars supporting the codification thesis have a possible explanation: Draco's original law was amended; when the law was rewritten on stone in 409-408 B.C., it was no longer the *ephetai* who had to adjudge intentional homicide, but rather the council of the Areopagus. The original beginning of Draco's text was therefore omitted when the stone inscription was made. The word καί (and) was copied by mistake.[14] Ruschenbusch even reconstructed the wording of the supposedly cancelled beginning of the assumed "law code"[15] – in vain, I think.

Stroud, on the other hand, holds that intentional killing was regulated in a later *axon* no longer legible on the stone; one cannot impute modern systematic thinking to an archaic lawgiver. Hence he translates καί as "even if," a possible beginning of a law.[16] Gagarin follows this translation, but disagrees with Stroud's systematic order. He thinks that intentional killing was not regulated in a later *axon* but rather "implicitly" – with the same consequences as unintentional killing.[17] Neither author is fully convincing.

For my part, I follow the opposite view: for a century, some scholars have connected the alleged codification with a certain historical event, the sacrilege against the Cylonians, probably committed in the year 636 B.C., one generation before Draco.[18] I think one can explain the strange composition of Draco's law as a response to this specific historical event.[19]

We have only legendary reports of the Cylonian sacrilege in Herodotus (5.71), Thucydides (1.126.11) and Plutarchus (Solon 12.1-3). It was also mentioned in Pausanias 1.28.1. To sum up, Cylon (Kylon), an aristocrat who had been victorious in the Olympics, set out to rule Athens as a tyrant. After consulting the Delphic oracle and receiving the usual ambiguous response, he, together with a few accomplices, occupied the castle on the Acropolis. His adversaries incited the masses, besieged the Acropolis, and starved out the insurgents. Cylon escaped but in the meantime, his men were dying of hunger in the temple of Athena Polias. Their death there would have meant that the sanctuary would be desecrated. Therefore, the Athenian archons under the Alcmaeonid Megacles (or some

13 Wolff, Hans Julius, "Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen" in: Idem (ed.) *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten* Weimar, 1961: 1-90 at 67-70 (Engl.: 1946 Traditio 4: 31-85 at 71-73).

14 Literature quoted in Thür (n. 5) 1990: 145; differently Westbrook, Raymond, "Drakon's Homicide Law" in: Harris/Thür (eds.), *Symposion 2007* Wien, 2008: 3-16.

15 Ruschenbusch, Eberhard, *Solon Das Gesetzeswerk – Fragmente. Übersetzung und Kommentar* Stuttgart, 2010: 33: "[Wenn jemand vorsätzlich einen anderen tötet, kann man mit ihm verfahren, wie man will, sein Besitz aber soll schutzlos sein,] und wenn jemand jemanden unvorsätzlich tötet … ."

16 Stroud (n. 4) 1968: 34-40.

17 Gagarin, Michael, *Drakon and Early Athenian Homicide Law* New Haven/London, 1981: 98-102.

18 Humphreys (n. 9) 1991: 41-45; Thür (n. 9) 2002 (and forthcoming, see n. 2) with further references.

19 Thür (n. 9) 2002.

such name) promised the rebels safe conduct to leave the country. The failing insurgents knotted a woollen thread to the statue of the goddess and under her magic protection "roped" down their way from the castle. Unfortunately and significantly, at the shrine of the Erinnyes the thread broke. Because the goddess had withdrawn her protective hand, Megacles ordered that the supplicants be seized and put to trial. However, before this could happen the crowd stoned the Cylonians, some of whom were even slaughtered at the altars. After that, Athens fell into a crisis of blood feuds between aristocratic families, which ended only under Draco's regime.

I see the connection between the sacrilege against the Cylonians and Draco's law in the strange beginning of the text. It seems to fit the historical situation exactly. Firstly, unintentional killing (μὲ ʼκ [π]ρονοίας): Megacles and his fellow-archons could assert, when they had ordered the seizure of the rebels, they had not intended that they be killed. Draco's answer was: even if you killed unintentionally, you will be exiled. At that time exile was the only consequence of killing a person. Secondly, indirect killing ([β] ολ|εύσαντα): the archons could assert further that they had not killed because they didn't act "with their own hands". Draco answered: even those who gave the order or "advised" a measure resulting in the death of the rebels, are responsible for the homicide.

One generation after the sacrilege, Draco, through his statute, enabled the law courts to exile the main culprits in the long lasting crisis and pardon the minor culprits. One may trace the strange order in which unintentional indirect killing received precedence in a law on homicide to the political situation at that time. No legislator, drawing up an abstract law code, would invent such a case.

One can explain also the following paragraphs in the light of the historical situation. Draco enumerated the group of relatives competent to pardon the killer, which was necessary to pacify the polis. Because blood feuds had even led to the extinction of some families, Draco ordered that ten men chosen from the victim's *phratria* (members of the broader family cult) could pardon (grant *aidesis* to) a culprit when there were no other more competent relatives, but only if the culprit had killed unintentionally (*akon*, ll. 16-9). This was the only reference to unintentional killing. Generally, the same sanction was imposed for both intentional and unintentional killing: exile.[20] Later, Solon introduced the death penalty for intentional killing and also permitted the Areopagus, instead of the *ephetai*, to judge certain murder cases.[21]

2. Homicide trials and oaths

Dealing with the oaths, admittedly not mentioned in the text, means having to restore the seventeen missing letters in line 12.

Firstly, however, two textual problems must quickly be solved. In line 11, *pheugein* can only mean "to be exiled", not "to stand trial" as Phillips and Pepe recently held.[22]

20 Gagarin (n. 17) 1981: 101.

21 Thür (n. 5) 1990.

22 Phillips, David D., *Avengers of Blood. Homicide in Athenian Law and Custom from Draco to Demosthenes* Stuttgart, 2008: 50-51 with 74; and Pepe, Laura, *Phonos. L'omicidio da Draconte all'età degli oratori* Milano, 2012: 22-28.

Normally, a man accused of killing sought shelter from the relatives' legitimate blood revenge in a sanctuary. There he could either deny having committed the act and stand trial, or confess and take the safe path into exile.[23] Abroad, he was safe from any persecution (ll. 26-29). Draco's first sentence is therefore a substantive, not a procedural rule.

The third sentence can also be explained easily (l. 13): τὸς δὲ ἐφέτας διαγν[ο̃]να[ι]. In lines 18-19 the *ephetai* are also called the "Fifty-one." In classical Athens, apart from the Areopagus, a board of fifty-one citizens still decided homicide cases.[24] The odd figure of fifty-one proves that from Draco's time onwards, *diagnonai* meant "deciding by votes." Because blood revenge was then legitimate, one can be sure that the *ephetai* voted secretly to avoid revenge that the culprit's relatives might take. The vote was "guilty" or "not guilty" regarding the alternative claims "killing with one's own hand" or "by advising" expressed in the second sentence (l. 12). Only in the rare cases where a killer was pardoned, not sentenced, did the *ephetai* vote on whether the killing was "unintentional" or "intentional".[25]

Now we come to the crucial question: what is the *dikazein* of the *basileis* of lines 11-12? The persons making up the *basileis* are quite clear; not so the act of *dikazein*.

In classical Athens the nearest relative of a victim filed a private *dike phonou* with the *archon basileus* (the "king" archont), one of the nine highest magistrates. His province was sacred affairs, including lawsuits concerning bloodshed. Depending on the category into which the deed fell, the *basileus* passed the claim on to the court of the *ephetai*, sitting at different sanctuaries, or to the Areopagus.[26] Before the trial, the plaintiff and the defendant as well as their witnesses had to swear the "greatest and strongest" most reverend oath, the *diomosia* (Ant. 5.11, Dem. 23.67-68).[27] In Draco's time, the *basileis* were magistrates. Stroud explained the plural as referring to the annual change of magistrates.[28] The better view is that the plural comprises the *archon basileus* of the polis together with the four *phylobasileis* of the old Attic *phylai*, who in classical Athens still had an inferior role in cases of bloodshed.[29]

What was the *dikazein* done by these five *basileis*? In the huge literature about Draco, there is no satisfying answer. One must not transfer the terminology of classical Athenian procedure into archaic times. Later, *dikazein* and *gignoskein* were synonyms, both meaning the law courts' "deciding." However, in Draco's law the court of the *ephetai* was deciding by *dignonai*. Therefore, the *basileis* cannot do the same thing. With some juristic plausibility, Wolff holds that *dikazein* means "pronouncing" the verdict rendered

23 This topic is discussed by Schmitz (n. 6) 2001: 25-26.

24 MacDowell (n. 11) 1963: 56; Harrison, A.R.W., *The Law of Athens II Procedure* Oxford, 1971: 39-42; concerning Draco, see Carawan (n. 6) 1998: 71.

25 Pace Ruschenbusch (n. 15) 2010: 19; Carawan (n. 6) 1998: 70, 81; Pepe (n. 22) 2012: 77.

26 MacDowell (n. 11) 1963: 37-38.

27 Sommerstein/Bayliss (n. 6) 2013: 113-115.

28 Stroud (n. 4) 1968: 47.

29 Pepe (n. 22) 2012: 32-33 with further references.

by the *ephetai*.[30] But why is Draco speaking first of pronouncing and then of rendering the sentence? And were five magistrates necessary just for pronouncing a verdict?

I also cannot agree with Ruschenbusch, who thinks that in every homicide trial firstly the *basileis* decided what the facts were (*dikazein*): in other words, whether the defendant had killed or not; and that then the *ephetai* voted on the question of subjective intention (*diagnonai*).[31] However, voting about intention was exceptional and foreseen only in the rare cases of pardoning by the members of the *phratria*.

In my opinion my late German colleagues were wrong, but their opinions at least made sense. I have a notion that some of our contemporary American colleagues do not pay much attention to the juristic problems. In 1981 Gagarin (at xv-xvi) seemed to follow Wolff: "judge the case" of the *ephetai* is contrasted with "adjudge responsible" of the *basileis*, which probably means "pronounce." In his book published in 2008 (at 96) I see no differentiation from the legal point of view between "judge guilty" (*dikazein*) and "decide" (*diagnonai*).[32]

To my mind, *dikazein* must be seen in a completely different way. It belongs to the "introductory step" of the trial.[33] With reference to my studies on legal procedure in Homeric times, I compare Draco's *dikazein* of the seventh century with the "conditional verdict" delivered in other archaic Greek societies. In both the Homeric trial scenes, on the shield of Achilles (Il. 18.497-508) and after the chariot race (Il. 23.579-585), the court – the *gerontes* or the *hegemones* – did not pronounce on guilt, but rather formulated purgatory oaths. It was then up to the defendant to get acquitted by swearing the oath imposed on him, or to confess his guilt when he did not dare perjure himself.[34]

This model may help explaining the *dikazein* in Draco's archaic law. Indeed, in Athenian homicide trials in classical times oaths were sworn, the *diomosiai* previously mentioned.[35] The defendant was no longer allowed to swear a decisive purgatory oath, but both the plaintiff and defendant and their witnesses had to affirm through the most horrible oaths whether the defendant had killed or not. These oaths were taken in court and also before the magistrate, the *basileus*, during the preparatory, pre-trial sessions called *prodikasiai*. In other private lawsuits, these sessions were called *anakrisis*. Already the word *prodikasia* suggests the *dikazein* of Draco's *basileis*.

Antphon's sixth speech, *on the Choreutes*, from 419 B.C., makes matters abundantly clear. In those times the *diomosiai* were still formulated according to the ancient Draconic law, and we find the restoration of line 12 of the inscription. The leader of a choir, a *choregos*, had had to train a boys' choir for a festival. His agent administered a dangerous *pharmakon* to one of the boys, the *choreutes* Diodotus, to improve his voice. The boy died. Like Megacles, mentioned above, the *choregos* was charged with *bouleuein*, advising, without intending to kill. From the wording of the *diomosiai* quoted in section 16, one may draw conclusions on the lost wording of the second sentence in

30 Wolff (n. 13) 1961: 74 (1946: 75); Talamanca (n. 6) 1979: 130 agreed.

31 Ruschenbusch (n. 15) 2010: 19.

32 In the same way Phillips (n. 22) 2008: 49-50.

33 Suggested also by Cantarella, Eva, *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano* Milano, 1976: 90-91.

34 For references, see above n. 6.

35 See above n. 27.

Draco's law, the alternative to *bouleuein*: "You have heard the witnesses testify to the facts, gentlemen, as I promised you. From these you must examine what each side swore and decide which of us swore more truthfully and more purely. They swore that I killed Diodotos by advising (the cause for) his death, but I swore I did not kill him either by my own hand or by advising."[36]

The plaintiff swore that the accused *choregos* had killed Diodotus by advising, *bouleuein*. The *choregos* denied each alternative: I did not kill him either with my own hand or in an indirect way. These were precisely the alternatives covered in l.12 of Draco's law. To find the supplement to the lacuna I think we need the verb εἶναι proposed by Ruschenbusch and Gagarin: αἴτιο[ν] φόν̣[ο] εἶ[ναι. Then, I think, further supplementing τὸν ἐργασάμενον (Gagarin 1981: xv) is odd, because …]E [β]ολ|εύσαντα is without an article too. Up to now Ruschenbusch's supplement has seemed the best,[37] but I would suggest a better word for αὐτόχερ, "with one's own hands." When we look closely at the Antiphon editions we find that χειρὶ ἐργασάμενος (Dobree: ἀράμενος mss.) is a conjecture. Most editors of the Antiphon speeches were not able to explain the word ἀράμενος (to raise, lift) with an indirect object χειρί. They corrected it to ἐργασάμενος according to Andocides 1.94[38] who quoted another, more recent statute. For Antiphon 6, Wilamowitz stayed with ἀράμενος translating "I did not kill him with my hand, having raised it".[39] Staying with Antiphon's words, not with his syntax, we also have the supplement of line 12: δ]ι|κάζεν δὲ τὸς βασιλέας αἴτιο[ν] φόν̣[ο] εἶ[ναι ἢ χεῖρα ἀράμενον] ἢ [β]ολ|εύσαντα.[40] In translation (and interpretation): "The *basileis* are to order (the plaintiffs to swear): 'he (the relevant defendant) is responsible for killing' (now the alternative follows) either 'having raised the hand (himself)' or 'having advised (the cause for ones death)'." This statute, enacted for the special case of the slaughter against the Cylonians, continued to be the basic provision about bloodshed in Athens until classical times.

In this interpretation, *dikazein* must be understood in its archaic sense: imposing an oath. However, Draco did not impose only one oath, and the verdict was not a conditional one. Rather we may assume that the verdict was delivered by the votes of the *ephetai*,

36 Text quoted above in n. 12; I changed some crucial terms in Gagarin's translation.

37 Ruschenbusch (n. 15) 2010: 30: αἴτιο[ν] φόν̣[ο] εἶ[ναι εἴτε αὐτόχερ εἴτ]ε [β]ολ|εύσαντα.

38 Quoted above in n. 12.

39 Von Wilamowitz-Moellendorff, Ulrich, "Die sechste Rede des Antiphon" in: *SB AkW Berlin* Berlin, 1900: 398-416 at 401 n. 1 = *Kleine Schriften* III, Berlin, 1969: 196-217 at 199) following Vahlen, Johannes, "Prooimium indice lectionum aestivarum 1879 praemissum" Berlin, 1879: 10 *non vidi* (= *Opuscula Academica* I, Berlin, 1907, repr. Hildesheim, 1967: 77-87 at 85), who quoted the parallel Ant. 5.92: χειρὶ ἀποκτείνῃ.

40 First suggested by Thür (n. 5) 1990: 152 (restoring χειρὶ; in n. 42 the writing χειρ- is explained), consenting Mélèze Modrzejewski, Joseph, "La sanction de l'homicide en droit grec et hellénistique" in: Gagarin (ed.), *Symposion 1990* Köln, 1991: 3-16 at 7 (= *Droit et justice dans le monde grec et hellénistique* Warsaw, 2011: 211-231 at 218). After discussions at the Institute for Advanced Study in Princeton NJ in March 2014 I think Draco, in a more simple language, wrote the direct object χεῖρα as e.g. used in Arist. *Rhet.* 1374a35: ἐὰν ἐπάρηται τὴν χεῖρα ἢ πατάξῃ and still found in a "confession inscription" of Asia Minor, Petzl, Georg, *Epigr. Anatol.* 22, 1994, no. 44: ἐπιδὴ ἀράμ[ενος] τὰς χῖρας. I thank my colleagues Angelos Chaniotis, Christopher Jones and Emmanuel Voutiras for a helpful discussion.

which from Draco's times onwards determined which side swore "more truthfully and more purely", as Antiphon characterized the method about 200 years later.

3. Rationality

Draco's *dikazein* is rooted in the archaic way of settling disputes by purgatory oaths, which we would call irrational. However, imposing a double oath and having a panel of judges decide which one to believe, points to future rational adjudication.[41] Eventually the art of rhetoric gave the parties more and more opportunity to use rational arguments and convince the judges of their case. Even today, the part played by Greek practical legal thinking in promoting rational court sentences, which still form part of our legal culture, has not been acknowledged.

Nevertheless, I do not overrate Draco's rationality. From the archaic point of view, the double oath method could be explained as follows: one did not wait for the person who had sworn a false purgatory oath to be punished by the offended god. Rather, in a type of ordeal, one let the god himself speak through the judges' votes on the double oath. One of the oaths had to be false. Technically speaking, by doubling the oath Draco deprived it of its decisive force; by adding a decisive "ordeal" he amazingly raised the sentence to a more objective, rational level. This simple and still irrational procedural method was the origin of what we term rational adjudication in Greece.

Abstract

The paper deals with what today we would call rational and irrational procedural methods in Greek adjudication in archaic times. In Draco's law of homicide dating back to 621-620 B.C., I see the first known move from deciding the outcome of a case by imposing purgatory oaths towards voting by a panel of judges. Although deciding on the proper wording of a purgatory oath demanded a great deal of legal experience on the part of the state authorities, the outcome of the trial depended on the irrational decision of the culprit himself to brave the wrath of the gods if he committed perjury. In Draco's law we find, firstly, the method of imposing contrary oaths (*diomosiai*) on each litigant (which explains the *dikazein* of the officials, the *basileis*). It was therefore not the oaths that were decisive, but the vote of the fifty-one *ephetai* who decided which oath was the better one. The party who won the case was the one best able to persuade the judges, and in this way, reasoning achieved a new level. This was the origin of the more rational classical Athenian procedural law. In this sense, I restored the text in the much disputed lacuna in *IG* I^3 104.12 from the *diomosiai* mentioned in Ant. 6.16.

41 For a different explanation see Berneker, Erich, "Der Ursprung des doppelten Parteieneides im altgriechischen Verfahrensrecht" in: *Synteleia Vincenzo Arangio Ruiz* Napoli, 1964: 743-749.

SOBRE EL HEREDAMIENTO COMO EXCEPCIÓN A LOS PRINCIPIOS ROMANOS DE DERECHO SUCESORIO EN EL VIGENTE CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Carmen Tort-Martorell*

1. Introducción y planteamiento

Están dedicadas estas líneas a la fina sensibilidad jurídica de Laurens Winkel, que ha tenido ocasión de conocer nuestro derecho catalán en sus asiduas – y fructíferas – visitas a las universidades catalanas desde la década de los ochenta del pasado siglo.

El heredamiento es una institución tradicional del derecho sucesorio catalán, recogida en nuestro nuevo libro cuarto del Código Civil del año 2008[1]. Hoy se entiende por heredamiento la institución contractual de heredero con carácter irrevocable que, hasta la aprobación del citado libro cuarto, se tenía que hacer necesariamente en capítulos matrimoniales. Procede de la costumbre, ajena por tanto al Derecho romano, pero se incrusta progresivamente, no sin problemas, en un sistema de corte romanístico. Lo trato como contrapunto a los principios romanos de derecho sucesorio vigentes en Cataluña, que forman parte fundamental de nuestra cultura jurídica.

En efecto, el preámbulo del libro cuarto presenta los principios básicos sobre los que se construye el derecho sucesorio catalán. Explica el legislador que estos principios distinguen el derecho catalán de sucesiones de otros muchos ordenamientos (entre ellos el español), defiende que han funcionado razonablemente bien en la praxis sucesoria y que por tanto no se ha considerado oportuna su alteración. La enumeración que sigue está tomada literalmente del mismo preámbulo. Los cuatro primeros principios son claramente romanos, algunos de los cuales no me resisto a traducir al latín, pues en latín forman parte de nuestra cultura jurídica; el último es el que da entrada al heredamiento y supone atribuir la cualidad de heredero ya en vida del causante, por lo que es ajeno

1 Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. «BOE» núm. 190, de 7 de agosto de 2008, páginas 33735 a 33788. Acceso electrónico: *http //civil.udg.es/normacivil/cat/ccc/es/*. En este trabajo se cita como CCCat., en contraposición al Código Civil Español, CCEsp.

* Profesora Titular de Derecho Romano, Universidad Autónoma de Barcelona.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 925-937

al Derecho romano, que no admitía una sucesión contractual: a) Necesidad de la institución de heredero[2]; b) Universalidad del título de heredero[3]; c) Incompatibilidad de títulos sucesorios (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*)[4]; d) Perdurabilidad del título sucesorio (*semel heres semper heres*)[5]; e) Prevalencia del título voluntario o heredamiento.

Por razones históricas los heredamientos fueron incluidos por primera vez en un texto legal moderno en la Compilación de derecho de Cataluña de 1960. Se trató de un paso muy importante, pues el heredamiento pasó de ser una institución de derecho consuetudinario más o menos utilizada, a ser una institución legal, tratada y estudiada como tal. Más difícil de justificar es el hecho de que se mantuvieran en el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991, puesto que desde los años cincuenta del siglo pasado habían dejado de utilizarse[6]. Y sorprende el giro que ha dado el actual Libro de sucesiones del CCCat. en el 2008, en su intento de favorecerlos.

Tres son los motivos que han suscitado mi interés por esta institución: 1) Sus muchos puntos de contacto con las donaciones *mortis causa*[7] (aunque los heredamientos son

2 Art. 421-2: es requisito esencial del testamento catalán, lo ha sido siempre, y es nulo el testamento que no lo contenga. Esta es una diferencia básica respecto del CCEsp., que admite que el testamento será válido aunque no contenga institución de heredero.

3 Art. 411-1, abre el texto articulado del libro cuarto. Hasta mediados del siglo XX, antes de que el derecho catalán fuera recopilado, se citaba directamente la traducción del famoso texto de Pomponio en D. 29,2,37 del libro V *ad Sabinum* "*Heres in omne ius mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, quum et ea, quae in nominibus sint, ad heredem transeant*".

4 La sucesión es universal por lo que no puede ofrecerse por dos títulos diferentes. No así en el CCEsp, que admite que si el testamento no comprende la totalidad de los bienes, el remanente pase a los herederos legítimos. La voluntad del causante es siempre preferente respecto a la sucesión intestada y se admiten la sustitución vulgar, la sustitución pupilar y la sustitución cuasi pupilar o ejemplar. En caso de no existir sustituto, o de que esa sustitución no pueda ser eficaz, procede el *ius adcrescendi* entre los coherederos.

5 El art. 423-12 es una traducción literal de la máxima latina: el que es heredero lo es para siempre. No caben, por tanto, condición resolutoria ni término, y si existen se tienen por no puestos. Esta limitación, sin embargo, tiene una eficacia más formal que efectiva, puesto que puede obviarse mediante el otorgamiento de un fideicomiso condicional; por esta razón es uno de los puntos en que el mantenimiento de la máxima romana ha tenido más críticas. También el Derecho romano sufrió una fuerte evolución en este aspecto, puesto que se llegó a admitir la herencia fideicomisaria como una institución de heredero sucesiva; en eso se basan los defensores de su mantenimiento en el actual libro de sucesiones.

6 Porcioles habla de su decadencia ya respecto de la Compilación de 1960: Discurso del Exmo. Sr. D. José Maria de Porcioles Colomer, en la edición de la Compilación vigente por el BOE, Madrid 1960, p. 22. J.J. López Burniol, Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Barcelona 1994, ofrece los siguientes datos: el año 1990 se otorgaron en Cataluña 341 capítulos matrimoniales, el año 1991, 359 capitulos. Hablando ya del libro cuarto del nuevo CCCat: R. Pratdesaba, "La successió contractual en el nou llibre IV del codi Civil de Catalunya", en El nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya, Materials de les Quinzenes Jornades de Dret Català a Tossa (en adelante, Jornades de Tossa), Girona 2009, pp. 151-180; J. Ferrer i Riba, Jornades de Tossa, Girona 2009, pp. 15-32; J. Egea, "El nou règim jurídic de la successió contractual", Revista Juridica de Catalunya (RJC), 1-2009, p. 12.

7 Tratados juntos en el tit. III del libro cuarto: La sucesión contractual y las donaciones por causa de muerte. Véase mi trabajo La revocación de la donatio mortis causa en el Derecho Romano clásico, Madrid 2003.

irrevocables), un aspecto que no vamos a tratar. 2) Su difícil encaje con una tradición jurídica como la catalana, muy vinculada al Derecho Romano. Y los denodados esfuerzos que juristas de muy diversas épocas han hecho para intentar justificar su coherencia con el sistema, frente a los llamados pairalistas, defensores de las costumbres populares[8]. 3) Que su utilización aparece y desaparece a lo largo de la historia, pero sin embargo se mantiene en libro cuarto del CCCat. de 2008, ampliando incluso su perfil, para facilitar su utilización (con poco éxito hasta ahora).

Estructuro mi trabajo en los siguientes puntos, para exponer sucintamente la trayectoria histórica de la utilización de los heredamientos en Cataluña, y los comentarios que han merecido a los principales juristas de cada época en relación con el Derecho Romano: 1) El heredamiento en la tradición jurídica catalana; 2) El heredamiento, de costumbre a institución legal codificada; 3) Líneas de la evolución actual del concepto de heredamiento: a) La Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960; b) Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991 de 30 de diciembre; c) Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Ley 10/2008, de 10 de julio.

Hasta la promulgación del libro cuarto del CCCat., juristas y estudiosos habían podido defender que los heredamientos, siendo una institución ajena al Derecho romano, podían tener un encaje coherente con los principios romanos básicos del derecho sucesorio catalán. Pero la sustancial modificación que en esta concreta institución ha efectuado el legislador catalán en el citado libro cuarto altera profundamente esta coherencia. Es la innovación más importante: se desvinculan de los capítulos matrimoniales y se tratan como una forma más de sucesión, junto a la sucesión testada y la intestada, con preferencia sobre ambas. Así, el CCCat. establece el siguiente orden sucesorio: 1) sucesión contractual: heredamiento; 2) sucesión testada: 3) sucesión intestada.

2. El heredamiento en la tradición jurídica catalana

Tratar del heredamiento antes de las codificaciones modernas, que van fijando su significado, plantea serios problemas.

El primero, la terminología, puesto que, sólo a título de ejemplo, "*heretament*" es tanto acción como efecto de heredar, y a menudo se llama también así a los bienes inmuebles objeto de herencia; y "*hereditare*" se aplica a otros modos de adquirir distintos de la herencia[9]. Se trata de un término medieval de significado fluctuante, inexistente en el latín clásico. No es un problema menor, puesto que un término jurídico debe ser preciso y adecuado a la institución que expresa.

8 La estructura social pairalista surge en Cataluña con la implantación del orden feudal por la nobleza cristiano carolingia en la Marca Hispánica, vinculada a la institución de "hereu", heredero único. J.J. López Burniol, Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña, Barcelona 1994, pp. 328-329.

9 Expone el problema J. Lalinde, AHDE 31, 1961, pp. 197-201. En contra, G.Mª de Brocá, Historia del Derecho de Cataluña, Barcelona 1918, reed. en Textos Jurídics Catalans 1985, p. 698, que considera que "alboreó en los tiempos de la Reconquista y se desarrolló con tales precisión y fijeza, que jamás el legislador estimó necesario dictar reglas para su otorgamiento ni determinar sus efectos".

El segundo, que bajo la rúbrica única de heredamiento, se aceptan una gran variedad de tipos distintos[10], con efectos también diferentes, que, además, admiten todo tipo de pactos, condiciones y reservas.

A esto se añade cierta inseguridad en el concepto mismo, que a veces es tratado como contrato, otras como donación y en otros casos como institución hereditaria, lo que plantea la duda de en qué casos tiene efectos de sucesión particular y en cuáles estamos frente a una verdadera sucesión universal. Fontanella se refiere textualmente a su naturaleza hermafrodita, en referencia a que se trata de una especie media entre la donación *inter vivos* y los actos de última voluntad[11]. La experiencia medieval impide las generalizaciones y la tendencia de la práctica negocial de esta época es la de la atipicidad y el localismo[12], que en el caso de los heredamientos se prolongará hasta su inclusión en las codificaciones modernas.

Se ha citado la Novela 19[13] del emperador León el Filósofo como posible origen de la institución, pero no es defendible: recogida en los Basílicos, esta constitución no podía ser conocida en Cataluña en el S.XIII y, sin embargo, en esta época ya se conocen los heredamientos.

El heredamiento tiene una larga historia, que algunos consideran que se puede datar documentalmente en el siglo XI, pues aparece ya en dos Usatges[14] aunque no se mencionen expresamente bajo esta denominación, sino como donación universal. Sí se menciona como heredamiento en el Capítulo 24 de la Costumbre de Pere Albert, del año 1250, en que se cita ya como una institución muy en uso. Y efectivamente debía serlo, porque cien años más tarde Pedro III trata de evitar el fraude en los heredamientos en la Constitución "A foragitar fraus", presentada en las Cortes de Perpiñán el año 1351[15]; a esta ley se debe la irrevocabilidad de los heredamientos, pues el fraude a evitar consistía en la retrodonación del heredamiento una vez celebrado el enlace. Los siglos XII y XIII fueron especialmente propicios para las instituciones consuetudinarias como es la que nos ocupa, puesto que el derecho visigodo ya estaba en franco retroceso y todavía no se habían impuesto con claridad el derecho romano y el derecho canónico, por lo que tampoco se planteaban problemas respecto del encaje o no de instituciones jurídicas procedentes de tradiciones diversas.

10 En la tradición jurídica catalana M. Duran y Bas identifica los heredamientos absolutos, preventivos y prelativos. Roca-Sastre añade el heredamiento fiduciario. La compilación de Cataluña de 1960 regula 8 tipos de heredamiento (n. 37) y 7 el Código de Sucesiones de Cataluña de 1991 (n. 39). El libro cuarto del CCCat. los ha reducido a las siguientes clases: simple, cumulativo, mutual y preventivo.

11 J.P. Fontanella, Decisión 585, núm. 3, cit. por G.Mª de Brocá, Historia, p. 700, n.8.

12 P. Grossi, El Orden Jurídico Medieval, Madrid 1996, p. 116.

13 La novela prohibía a los padres alterar el derecho de los hijos a los que se hubiera prometido, en el contrato matrimonial, reservar una porción de herencia igual al resto de hijos.

14 Usatge "*auctoritate et rogatu*" que se cree creación de Ramón Berenguer el Viejo; Usatge "*possum etiam*", en el que se ve el origen del heredamiento a favor de los hijos provenientes del matrimonio, entre otros aspectos. Vid. J. Lalinde, AHDE 31, pp. 217-218, que cita a G.Mª de Brocá, Historia, p. 239.

15 La explica con detalle G.Mª de Brocá, Instituciones del Derecho Civil Catalán Vigente, T.1, Barcelona 1880, pp. 71-72.

Las frecuentes relaciones de Cataluña con Italia favorecieron el conocimiento de los trabajos de los glosadores y el Derecho romano, como *ratio scripta*, se fue infiltrando en las costumbres y fue progresivamente sancionado por el legislador[16]. La Ley de Cortes de 1599 fija el derecho que debía observarse en Cataluña y obliga a los tratadistas a examinarlo y posicionarse. El heredamiento es un buen ejemplo, pues por primera vez se aborda el problema de su incongruencia con el derecho romano. El planteamiento de los juristas de la época fue el de tratarlo como una donación, con lo que el problema se circunscribía al heredamiento absoluto, que comprende todos los bienes presentes y futuros, y al heredado como sucesor universal. Aquí hacían valer el '*favor matrimonii*', puesto que se otorgaba siempre en capítulos matrimoniales. Y se empieza a utilizar con normalidad la doble expresión "donación o heredamiento" para referirse a esta institución.

A caballo entre los siglos XVI y XVII, aparece un personaje fundamental, el gran jurista catalán Joan Pere Fontanella (1575-1651), el tratadista de los heredamientos en su conocida obra De Pactis nuptialibus[17], puesto que estaban entonces necesariamente encuadrados en los capítulos matrimoniales. Fontanella tiene la doble condición de jurista práctico y jurista culto, algo poco frecuente. Como abogado, necesita argumentos que pueda defender con éxito frente a la Audiencia; como estudioso, su cultura jurídica es extraordinaria y la aplica al análisis pormenorizado de cada tema. Estudia seriamente la coherencia entre el heredamiento y la tradición jurídica romana que informa ya el derecho sucesorio catalán. Somete a un examen exhaustivo todas las disposiciones del Derecho romano sobre donaciones en su relación con las herencias y su prudente conclusión es que, prohibidos, no están. Para justificar su coherencia con un sistema de corte romanístico, defiende la utilización de la palabra heredamiento con el significado de donación, y que el donatario de todos los bienes presentes y futuros no sea tenido por heredero, sino por donatario o sucesor particular, por lo que en caso de heredamiento debe mantenerse la exigencia de una reserva para testar, aunque sea simbólica. Pero no puede ser un defensor del heredamiento. Al retomar su estudio en el volumen II del De Pactis, publicado diez años más tarde (1622), hace una advertencia muy gráfica:

> *Ya no se usaron tanto los heredamientos, los cuales fueron causa de grandes estragos y ruinas, porque privaron la libre enajenación de la propiedad y disminuyeron notablemente las atenciones debidas por los hijos a sus padres, los cuales han de tener a sus hijos en un justo temor de desheredación, por cuyas razones la Audiencia no estaba tan dispuesta a favorecerlos como antiguamente, y él nunca les fue muy afecto*[18].

16 El privilegio concedido por Pedro II a la ciudad de Barcelona en 1283, el Recognoverunt Proceres, es un ejemplo paradigmático.

17 De pactis nuptialibus, siue Capitulis matrimonialibus tractatus: multis Regiae Audientiae Principatus Cathaloniae et aliorum grauissimorum senatuum ... decisionibus ornati ... /per Ioannem Petrum Fontanella ... cum triplici indice ... Barcinonae [Barcelona]: apud Laurentium Deu, expensis Michaelis Menescal, Vol. I, 1612 - Vol. II, 1622. Hay ediciones posteriores en Gerona (1638), Venecia (1647, 1752), Ginebra (1662), Lyon (1667,1709, 1719).

18 Fontanella, Ioannis Petrus, De pactis nuptialibus sive capitulis matrimonialis tractatus, T-2. Claus. X, Glosa unica. Cit. por G.Mª de Brocá, y J. Amell, Juan, Instituciones del Derecho Civil Catalán Vigente, T. I, Barcelona 1880, p. 74, n. 3.

Con el Decreto de Nueva Planta (1716) de Felipe V desaparece la autonomía de Cataluña y su posibilidad de renovar el derecho y se acentúa la recuperación de los derechos tradicionales.

Los heredamientos vuelven a ser utilizados con profusión en los siglos XVIII y XIX, incluidos en los capítulos matrimoniales realizados en determinadas zonas rurales de Cataluña. Hay un libro de un notario de pueblo, José Faus Condomines, en el que explica con gran detalle lo que comportaba jurídicamente un casamiento en la comarca de Lérida en la que ejercía como notario[19]. Otro ejemplo es Ramon Mª Roca-Sastre, que explica el heredamiento fiduciario en la comarca pirenaica del Pallars Sobirà[20]. Y Francisco Maspons i Anglasell da pormenorizada cuenta del resultado de una encuesta realizada por el Colegio de Notarios a finales del s.XIX sobre la utilización en Cataluña de los capítulos matrimoniales, y la presencia o no en ellos de heredamientos[21]. Detalles y pormenores eran imprescindibles, porque las costumbres eran muy locales y podían variar incluso de un pueblo a otro. La ciudad de Barcelona era un caso aparte, pues su tradición industrial y fabril la apartaba de muchas costumbres de la Cataluña agraria[22].

Lo cierto es que, durante el s.XIX, las familias de muchas zonas de la Cataluña rural incluían el heredamiento en capítulos matrimoniales, para asegurar los bienes al futuro heredero, con lo que además lo comprometían ya desde ese momento en el mantenimiento del patrimonio familiar. Había arraigado en la tradición de las familias agrícolas catalanas, en un modelo familiar caracterizado por la convivencia de varias generaciones en una misma casa. Se trataba de planificar y asegurar la transmisión intergeneracional del patrimonio familiar, lo que permitía lograr un objetivo importantísimo, la conservación de su unidad (de "la casa", como decían).

Y juristas de esta época, defensores de los elementos más autóctonos de la tradición jurídica catalana, criticaron fuertemente a los juristas del derecho común, que en la etapa anterior se planteaban su encaje con el Derecho romano. Como ejemplo, las críticas de Guillem Mª de Brocà a Fontanella en relación a los heredamientos. Dice Brocà, textualmente: "*Fontanella, en su gran obra De Pactis nuptialibus los desarrolló ampliamente y con nutrida doctrina, aun cuando, llevado de la manía de su tiempo, quiso ajustar cuanto constituye esta institución, o a ella se refiere, a los moldes del Derecho romano*". Para defender, a continuación, que "*a pesar de las mudanzas de los*

19 J. Faus Condomines, Notario que fue de Guissona (Lerida) de 1895 a 1936, Conferencias, Artículos y Trabajos, Vol. VII: Los Capitulos Matrimoniales en La Comarca de Guissona, Barcelona 1964.

20 "L'heretament fiduciari al Pallars Sobirà", Conferencia del ciclo sobre "Varietats Comarcals del Dret Civil Català", Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona 1934, pp. 101-160. Ahora en Estudios sobre Sucesiones, Vol. II, Madrid 1981, pp. 277-333.

21 Tractat dels pactes nupcials, o capitols matrimonials, que escriguè Joan Pere Fontanella. Estudi i Notes per Francisco Maspons i Anglasell, Barcelona 1916, pp. 25-35. La costumbre de hacer capítulos matrimoniales varía de un pueblo a otro, así como la frecuencia de su utilización; la ciudad de Barcelona estaba excluida de la encuesta.

22 Muy interesante la reflexión de R.Mª Roca Sastre en una conferencia titulada "La necesidad de diferenciar lo rural y lo urbano en el derecho sucesorio" del 6 de abril de 1943 en la Academia Matritense del Notariado. Anales, 1943, I, pp. 335-377. Ahora en Estudios sobre Sucesiones, Vol. I, Madrid 1981, pp. 60-97.

tiempos ... conserva lozana vida y no ha decaído, excepto en familias cuya fortuna de reciente creación no es patrimonial"[23].

Y todavía, cien años más tarde, en un contexto actual, Lluis Puig Ferriol comenta:

> *El ordenamiento civil catalán ha tenido que ir superando trabajosamente los obstáculos provenientes del Derecho romano, que, como se ha apuntado antes, era reacio a la admisión directa de los pactos sucesorios como tercer fundamento de la sucesión hereditaria*[24].

Lo señala también Jesús Lalinde, en un trabajo monográfico sobre la problemática histórica del heredamiento:

> *En Cataluña, el heredamiento ha tenido que luchar con la brillante tradición del Derecho romano, opuesto en todos los sitios a la posibilidad de la donación general de todos los bienes, y especialmente, en Cataluña misma, en los derechos locales más romanizados*[25].

3. El heredamiento, de costumbre a institución legal codificada

El proceso compilatorio del derecho civil español, junto al del catalán y otros derechos forales y regionales, fue largo. El Código Civil Español es de 1889, pero su codificación no produjo la unificación total del Derecho privado pues coexiste con las especialidades civiles de determinados territorios que estaban vigentes a través de sus fuentes tradicionales y que se reunieron en torno a los años 60 del siglo pasado en Compilaciones de Derecho civil independientes. No sólo en Cataluña, pues existen también en Vizcaya y Álava, Baleares, Galicia, Aragón, y Navarra. En estos territorios rige también el CCEsp., pero sólo como derecho supletorio en defecto de sus normas especiales. Tras una primera propuesta de apéndice catalán al CCEsp., que no llegó a ser aprobada (era el año 1930), prevaleció finalmente el criterio general de redactar compilaciones independientes, con lo que actualmente existen en España, junto al CCEsp., seis compilaciones de derechos regionales.

Las características principales del heredamiento en este largo período codificatorio están muy bien sintetizadas por Ramón Mª Roca-Sastre[26]; nos hallamos, dice, frente a una figura compleja, tipificada por tres características: institución, contractual, matrimonial. Es decir, se trata de un negocio jurídico bilateral en el cual se instituye heredero de forma irrevocable, que se otorga por causa o derivación de matrimonio, por tanto, siempre en capitulaciones matrimoniales.

Pieza fundamental en este proceso fue Manuel Duran y Bas, que en la Memoria al Proyecto de Apéndice del Derecho Civil Catalán publicada en Barcelona en 1883, dedica todo el capítulo cuarto a los heredamientos. Los defiende con vigor, como parte esencial de los pactos nupciales, alegando cuatro objetivos principales a los que aspiran:

23 G.Mª de Brocá, Historia, 1918, p. 699.

24 Ll. Puig Ferriol, Comentarios al Codigo Civil y Compilaciones Forales. T. XXVII, Vol. 2 , Madrid 1990, p. 132.

25 Se refiere, en concreto, a las Costumbres de Tortosa, J. Lalinde, AHDE 31, 1961, p. 223.

26 Estudios de Derecho Privado, Vol. II, Sucesiones, Madrid, 1948, p. 357.

1º. A dotar a la nueva familia que forma el hijo de los medios necesarios para el desenvolvimiento del fin de la unión conyugal. 2º. A asociar al hijo en la obra de conservación y mejoramiento de los bienes que forman el patrimonio familiar. 3º. A conservar la unidad de este patrimonio, evitando su división a la muerte del jefe de familia. 4º. A precaver a la prole que esperan tener los futuros consortes contra las asechanzas de que, en caso de segundas nupcias de cualquiera de ellos, pueda emplear la persona que comparta con el sobreviviente el tálamo conyugal[27].

A esta consideración sigue un fino análisis jurídico de los heredamientos. Los defiende como una donación *inter vivos* hecha para que tenga efectos tras la muerte del donante, y constituida mediante pacto en capitulaciones matrimoniales. Salva su encaje con el derecho romano porque debe respetar siempre la legítima y defiende su irrevocabilidad por su inclusión en los capítulos matrimoniales, que confieren al heredamiento la misma indisolubilidad que al matrimonio. La encendida defensa de Duran y Bas, su cuidadoso análisis jurídico y el papel predominante que tuvo en todo el proceso, tanto como jurista como en su calidad de Ministro de Gracia y Justicia, hizo que los heredamientos se aceptaran en todos y cada uno de los proyectos de apéndices que se redactaron en ese período[28].

Los Proyectos de Apéndice anteriores a la Compilación de 1960, sin embargo, lo regulaban de manera muy parcial. El del año 1930, por ejemplo, le dedicaba 17 artículos, en los que se trataban los distintos tipos de heredamiento, sin regularla como institución. El casuismo de la tradición histórica tenía todavía un gran peso. Francisco Condomines (abogado) y Ramón Faus (notario) achacaban estos límites al hecho de que no fuera una institución procedente del derecho romano. Dicen, textualmente "*Después de múltiples elucubraciones acerca de la naturaleza y regulación de los heredamientos …*"[29] pudieron finalmente regularse de forma adecuada en la Compilación de derecho civil catalán de 1960 a la que ahora nos referiremos, encuadrada en la evolución actual del concepto de heredamiento.

El abogado Ramon Pratdesaba, muy recientemente, ha comentado que "*abans de la Compilació, la regulació de l'heretament estava excessivament influïda per la difícil conciliació entre els principis romans i la necessitat de les famílies de pactar el seu futur patrimonial i personal*"[30]. La codificación rompió esta necesidad de conciliar ambas tradiciones desde la práctica, ahora es la ley quien lo hará, estructurando, definiendo y regulando los heredamientos, una materia hasta entonces de derecho consuetudinario especialmente cambiante, localista y muy práctica.

27 M. Duran y Bas, Memoria Acerca de las Instituciones de Derecho Civil de Cataluña, Barcelona 1883, p. 87.

28 Proyecto de Apéndice de Duran y Bas (art. CXIV); Proyecto de Apéndice de 1930 (art. 114); Proyecto de Compilación (arts. 106 a 108 y 110); Vid. Ll. Puig Ferriol, Comentarios, 1990, p. 131, n.a.

29 Derecho Civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada. Barcelona, 1960, p. 97.

30 R. Pratdesaba, Jornades de Tossa, Girona 2009, p. 152.

4. Líneas de la evolución actual del concepto de heredamiento

La primera compilación[31] de derecho civil de Cataluña que llegó a tener vigencia y aplicación es de 1960, en la que proceden del derecho romano un gran número de preceptos[32]. En los años siguientes se fueron promulgando diversas leyes especiales, de las que nos interesa especialmente el Código de Sucesiones de 1991. Y entre los años 2002 y 2010 Cataluña ha ido promulgando los libros de su propio código civil, prácticamente completo (sólo falta el relativo al derecho de obligaciones); nos interesa ahora el libro cuarto, sobre el derecho de sucesiones, del año 2008 que sustituye al Código de Sucesiones, en vigor desde dieciocho años antes. Las diferencias entre ambos son sustanciales en materia de sucesión contractual, con una distinta tipificación de los pactos sucesorios, distinguiendo entre los pactos de institución de heredero (heredamientos), que atribuyen un título universal y los pactos de atribución particular[33], pero por lo demás conserva sus fundamentos, su diseño institucional básico e, incluso, la redacción de numerosos artículos. Consta de 377 artículos, menos que el anterior Código de Sucesiones, que tenía 396, lo que afortunadamente rompe con la tendencia de aumentar de forma sustancial la extensión de las leyes.

Hay también una diferencia muy sintomática entre ambas normas sucesorias: el Código de Sucesiones de 1991, en el preámbulo, mencionaba explícitamente su dependencia del derecho romano. Decía textualmente:

> *No se modifican, por tanto, los grandes principios propios del Derecho romano, tan arraigados en el Derecho sucesorio catalán ... Estos principios, arraigados en la tradición y hoy vivos en la aplicación del derecho en Cataluña, se mantienen íntegramente, dada la inexistencia de suficientes justificaciones de orden jurídico, social o practico que hagan aconsejable su modificación aunque sea parcial.*

El preámbulo del actual libro cuarto ha suprimido esta referencia, sustituyendo la mención específica del derecho romano por la genérica de derecho catalán, que se supone que lo incluye, con una implícita alusión final al heredamiento:

> *En el plano sustantivo, el libro cuarto mantiene los principios sucesorios de derecho catalán tal y como estaban plasmados en el Código de sucesiones: los principios de necesidad de heredero, de universalidad del título de heredero, de incompatibilidad de títulos sucesorios, de prevalencia del título voluntario y de perdurabilidad del título sucesorio. Estos principios, que distinguen el derecho catalán de sucesiones de otros muchos ordenamientos, han funcionado razonablemente bien en la praxis sucesoria y no se ha considerado oportuna su alteración. Por otra parte, como es sabido, el mismo sistema establece, cuando existen razones que lo justifican, las excepciones o modulaciones pertinentes.*

31 La Compilación constituyó un verdadero Código Civil para Cataluña, en la que se recogía su régimen jurídico tradicional y del que era supletorio el CCEsp. El calificativo de Compilación fue un mero recurso de nomenclatura para diferenciar ambos cuerpos legales.

32 R.Mª Roca Sastre, "Los elementos componentes de la Compilación", Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, 1961, pp. 11-32. Ahora en Estudios sobre Sucesiones, Vol. I, Madrid 1981, pp. 98-120. J.L. Linares, R.Mª Carreño, "Para un inventario romanístico de la compilación de derecho civil especial de Cataluña de 1960", Index 38, 2010, pp. 418-441.

33 J. Egea, "El nou règim jurídic de la successió contractual" RJC, 1-2009, pp. 27-31.

No está de moda ahora el derecho romano, pero sigue inspirando los grandes principios sobre los que se organiza nuestro derecho sucesorio[34], y es el mantenimiento de estos principios lo que aleja la regulación catalana del derecho sucesorio del CCEsp.; un mantenimiento no exento de polémica, pues hay también quien defiende que en la actualidad no está siempre justificado[35].

Los tres textos legales mencionados incluyen los heredamientos, si bien con diferencias sustanciales que vamos a exponer.

4.1 La Compilación del Derecho Civil de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960[36]

LIBRO PRIMERO. DE LA FAMILIA.
TÍT. IV. DE LOS HEREDAMIENTOS.
CAP. I. DISPOSICIONES GENERALES.

Art. 63. *El heredamiento, institución contractual de heredero, únicamente podrá otorgarse en capítulos matrimoniales, antes o durante el matrimonio, personalmente o mediante poder especial.*

Los heredamientos podrán otorgarse a favor de cualquiera de los contrayentes o de ambos; de los hijos o descendientes de éstos; y de los contrayentes entre sí con carácter mutual.

Podrán otorgar heredamientos los que tengan capacidad para contraer matrimonio. Sin embargo, para poder otorgar heredamientos a favor de los contrayentes y convenir heredero mutual, será necesaria la capacidad para contratar y obligarse.

LIBRO SEGUNDO. DE LAS SUCESIONES.
Art. 97. *La herencia se defiere por testamento, por contrato o por ley. La sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido, y es incompatible con la testada y la contractual universales.*

Se tratan sistemáticamente en el Derecho de familia y se mantienen necesariamente vinculados a las capitulaciones matrimoniales, con lo que se subraya su finalidad de organización patrimonial de la familia como había sido históricamente.

La Compilación declara la incompatibilidad de títulos sucesorios, muy clara entre la testada y la intestada, pero no tanto entre la testada y la contractual, por lo que no acaba de quedar claro el rango sucesorio. Es la doctrina la que posteriormente determina

34 J. Marti Miralles definió ya los principios sucesorios de base romanística que informan la tradición jurídica catalana en materia sucesoria, en contraposición a la sucesión regulada por el CCEsp. Principis del dret successori aplicats a formules d'usdefruit vidual i d'herència vitalicia, Barcelona 1925.

35 J. Ferrer i Riba, "Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi Civil de Catalunya", Jornades de Tossa, Girona 2009, pp. 15-32. En p. 19 comenta críticamente "La conservació dels principis successoris convida a reflexionar de nou sobre la comprensió del dret com a producte històric i cultural i els límits que hauría de tenir aquesta concepció. El dret català ha optat per preservar uns principis que – en part – l'han singularitzat històricament, però ho ha fet, en algun cas, a costa de la racionalitat de les conseqüències que s'en deriven i fins i tot de la coherència interna del sistema que els principis haurìen d'haver preservat".

36 Arts. 63 a 96 del tít. IV de los heredamientos, en el Libro primero, de la familia.

que heredamiento y testamento son incompatibles si el primero tiene vocación de universalidad[37]. Pero se acaba la época de fluctuaciones terminológicas, en que los juristas se referían siempre a 'donación o heredamiento' y se tipifica por primera vez la sucesión contractual como fundamento sucesorio[38], si bien restringido a los cónyuges por razón de matrimonio.

4.2 Código de Sucesiones de Cataluña. Ley 40/1991 de 30 de diciembre[39]

TÍT. II. LOS HEREDAMIENTOS.

CAP. I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 67. *El heredamiento, institución contractual de heredero, solo podrá otorgarse en capitulaciones matrimoniales, personalmente o mediante poder especial.*

Los heredamientos podrán ser otorgados a favor de cualquiera de los contrayentes o de ambos; de los hijos o descendientes de estos, y de los contrayentes entre ellos con carácter mutual.

Podrán otorgar heredamiento las personas mayores de edad. No obstante, para poder otorgar heredamientos preventivos será suficiente la capacidad para contraer matrimonio.

La aparente coincidencia literal entre este precepto y el correspondiente de la Compilación de 1960, encierra una coincidencia y dos modificaciones, las tres fundamentales.

La importante coincidencia es que se mantiene la vinculación del heredamiento a los capítulos matrimoniales, siguiendo la larga tradición histórica de la institución. El cambio fundamental viene dado por el hecho de que ha cambiado de lugar. Ya no se encuentra sistemáticamente encuadrado en el derecho de familia, sino que está claramente localizado en el derecho sucesorio, precediendo a la sucesión testada y a la intestada. Y se aclara definitivamente el rango sucesorio, que no lo estaba en el texto anterior: "*La sucesión testada universal solo puede tener lugar en defecto de heredamiento*" (art. 3).

4.3 Libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Ley 10/2008, de 10 de julio[40]

TIT. I DISPOSICIONES GENERALES.

37 La Compilación de 1960 regula ocho tipos de heredamientos, de contenido y alcance distintos: heredamiento simple, cumulativo y mixto, a favor de los hijos, puros, preventivos y prelativos, mutuales.

38 Su regulación se debe a R.Mª Roca-Sastre, que en este punto se inspira en el testamento mancomunado del derecho alemán del siglo XIX.

39 Heredamientos en el tít. II (arts. 67 a 100), precediendo a la sucesión testada y a la intestada (tít. III y IV) Se regulan los siguientes tipos: heredamiento simple o de herencia, cumulativos y mixtos, puros, preventivos y prelativos, mutuales.

40 Altera el orden de exposición de los títulos sucesorios: expone primero la sucesión testamentaria (tít. I), a continuación los heredamientos (tít. III, arts. 431-18 a 431-30) y acaba con la sucesión intestada (tít. IV). La alteración expositiva del orden sucesorio legal se justifica por "*la voluntad de reflejar la centralidad de la sucesión testamentaria ... y su muy superior frecuencia estadística*", con lo que el propio código acepta implícitamente la poca utilización práctica de los heredamientos. Admite las siguientes clases de heredamientos: simple, cumulativo, mutual y preventivo.

CAP. I LA SUCESIÓN HEREDITARIA.

Art. 411-3. *Fundamentos de la vocación.*

1. Los fundamentos de la vocación sucesoria son el heredamiento, el testamento y lo establecido por la ley.

2. La sucesión intestada solo puede tener lugar en defecto de heredero instituido, y es incompatible con el heredamiento y con la sucesión testada universal.

3. La sucesión testada universal sólo puede tener lugar en defecto de heredamiento.

TIT. III. LA SUCESION CONTRACTUAL Y LAS DONACIONES POR CAUSA DE MUERTE.
CAP. I LOS PACTOS SUCESORIOS.
SECC 2ª: LOS HEREDAMIENTOS.

Art. 431-18. Concepto de heredamiento.

1. El heredamiento o pacto sucesorio de institución de heredero confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante con carácter irrevocable, sin perjuicio de los supuestos regulados por los artículos 431-13, 431-14 y 431-21.

2. La calidad de heredero conferida en heredamiento es inalienable e inembargable.

Coincide con el Código de Sucesiones al confirmar que el heredamiento es una tercera vía sucesoria, preferente frente a la testada y la intestada, que supone atribuir la cualidad de heredero ya en vida del causante, de manera irrevocable.

Pero el legislador de 2008 ha aceptado una doble crítica de la doctrina, que para facilitar la viabilidad y utilización del heredamiento planteaba la necesidad de desvincularlo del matrimonio y de la exigencia de que fuera pactado en capitulaciones matrimoniales y, por tanto, sólo entre cónyuges o futuros cónyuges, o bien entre los padres o familiares y los hijos que se casan. El CCCat. aporta una novedad fundamental: por primera vez en la historia se desliga la sucesión contractual de su contexto matrimonial: pueden seguir haciéndose en capítulos matrimoniales, pero esto ya no es un requisito esencial; por tanto, no están restringidos a los cónyuges o futuros cónyuges, sino que se abre la posibilidad de convenirlos con la familia propia o la del cónyuge, dentro de un cierto grado de parentesco. Respecto al contenido pueden, asimismo, contener disposiciones a favor de terceras personas, que adquieren el derecho a la muerte del causante[41].

El heredamiento es, pues, un pacto sucesorio de institución de heredero universal, que realiza el causante en vida, tiene carácter vinculante y es irrevocable. El heredero no adquiere los bienes hasta la muerte del causante, pero antes se considera ya titular de un derecho eventual que le concede ciertas prerrogativas, así como implica también determinadas obligaciones para el otorgante. No existe propiamente vocación hereditaria, pues se trata de un solo negocio jurídico, de carácter similar al contractual, en que se

41 Sobre las novedades del libro cuarto y su valoración, J. Egea, "El nou règim jurídic de la successió contractual" RJC, 1-2009, pp. 9-58; J. Egea, J.M. Abril Campoy, S. Navas, Comentari al Llibre Quart del Codi Civil de Catalunya, Vol. II, Barcelona 2009, pp. 1140-1188.

produce una oferta del causante aceptada por el heredero. Esta estructura implica que, si hay heredamiento, no haya posibilidad de llamar a ningún otro heredero; por eso es incompatible con cualquier otro título sucesorio y en el orden de preferencia de los llamamientos es el llamado en primer lugar.

En la regulación de la sucesión contractual el CCCat. distingue entre los pactos sucesorios en sentido amplio, los de atribución particular y los heredamientos, una figura específica utilizada para el nombramiento de un heredero universal. Me he limitado a tratar del heredamiento como contrapunto a los grandes principios romanos que siguen rigiendo la sucesión catalana. Pero el CCCat. pretende abrir nuevas vías a los pactos sucesorios, regulando su utilización, por ejemplo, para el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o para la transmisión indivisa de un establecimiento profesional[42].

Abstract

The most recent codification of civil law in Catalonia (Spain) has respected, accepted and retained the strong influence that Roman law has traditionally had on the Catalan legal system, from its first codification in 1960 to the 2008 Book IV of the Catalan Civil Code. The similarity between Catalan law and Roman law may be ascribed to historical reasons, though political motives have favoured its continuation. The preamble to Book IV sets out the basic principles on which inheritance law is constructed: a) the need for the concept of an heir; b) the universality of the title of heir; c) the incompatibility of inheritance titles (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), and d) the durability of an inheritance title (*semel heres semper heres*). These four are clearly Roman, but there is a final principle: e) preference under a discretionary title, which relates to a special case in Catalonia: contractual inheritance, that we call "heredamiento." This is the only principle that does not coincide with Roman law, which did not allow inheritance to be determined by a provision *inter vivos*. Heredamiento is a traditional legal notion that has evolved significantly, as there has been a desire to harmonise it with the principles of Roman law. It has taken many forms, from universal donation to the current provision, which is seen as contractual succession. The present article focuses on the history of the concept of heredamiento as a counterpoint to the major Roman principles mentioned above.

42 A. Serrano de Nicolás (coord.), La Empresa Familiar y su Relevo Generacional. Colegio Notarial de Cataluña, Barcelona 2011, donde se estudia también la posible utilidad de las *donationes mortis causa* con esas mismas finalidades.

AUGUSTUS, LEGISLATIVE POWER, AND THE POWER OF APPEARANCES

Kaius Tuori*

1. Introduction

The study of the impact of the Augustan revolution in the history of Roman law is one of the enduring issues troubling Romanists.[1] Augustus fundamentally changed the history of Roman law by creating the powers of the emperor in the field of law as judge and legislator.[2] While his predecessors like Sulla and Caesar have been easy to classify as champions of one segment of Roman society against others, in the historical memory of Augustus no such clarity exists. Part of the issue is undoubtedly the result of his own conscious policy to appeal to the senators with one message, to the *equites* with another and to the plebs and provincials with different nuanced tones. As a public relations campaign, this worked. For later historians, this made Augustus into an enigmatic figure whose actions, powers and positions remain a mystery.[3] The relationship between messages, images, and reality is fraught with complexity, but complexity is the key to any proper scientific inquiry. Since I first met Laurens Winkel at a SIHDA conference a decade ago (after I had sent my first proper article to the *Tijdschrift*), this has been one of his most enduring messages in our many conversations in Rotterdam, Rome, Helsinki, and elsewhere.

1 See, for example, Spagnuolo Vigorita *Le nuove leggi Un seminario sugli inizi dell'attività normativa imperiale* (1992); Crook "Augustus: Power, Authority, Achievement" 1996 *CAH* (2nd ed.) vol. 10 at 113-123; Serrao "Il modello di costituzione. Forme giuridiche, caratteri politici, aspetti economico-sociali" in Schiavone et al. (eds.) *Storia di Roma, vol 2.2 I principi e il mondo* (1991) 29-71. I shall cite only a few examples of the vast literature that has emerged on Augustus' impact. For an illustration of the growth of that literature, see Hurlet's bibliography of studies written between the years 1996-2006 on Augustus and the imperial regime, published in *Anabases* 6 (2007) 187-218.

2 Millar *The Emperor in the Roman World* (1977) 517; Crook (n. 1) 123: "The emergence of the ruler as supreme judge and head of the legal order is the principal formal difference between the Republic and Empire."

3 See, for example, the essays in Rivière (ed.) *Des reformes augustéennes* (2012).

* Academy of Finland Research Fellow, University of Helsinki.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 938-945

The purpose of this essay is to explore the transformation of the legislative tradition during the Augustan era through the narrative tradition that we find in historical sources. How were the legislative powers of Augustus understood during his time and by later Roman historians? For this article, I shall analyse the transformation of the understanding of his legislative powers through two narrative traditions, that we dub respectively the Republican and the sovereign narratives. The first narrative tradition, which appealed to Republican traditionalism, depicted Augustus as merely a Roman magistrate who proposed laws that were then approved by the people, while the second viewed Augustus as a quasi-divine monarch with sovereign powers over the law. Thus what we are looking for are the different historical views of Augustus' legislative powers.

2. The evidence

The division between republican traditionalism and monarchical single rule was nowhere more evident than in the field of legislation. The traditional republican custom was that after magistrates had proposed laws, these were passed by one of the different popular assemblies. Even though reformers of the late Republican era such as Sulla introduced comprehensive programmes of administrative and legal change, they were nominally implemented as popular laws. In the case of Augustus, two narrative traditions are known, namely the Republican one originating from Augustus himself, and the other relying mainly on later Roman historians who depicted him as a sovereign. According to Augustus, he proposed laws that were then accepted, whereas later tradition considered the emperor to have had legislative power as from the time of Augustus. The authoritarian narrative is also reflected in parts of the tradition of the time, in which Augustus was seen to be the author of laws. For example, Ovid, in the *Metamorphoses* (15.832-834), called Augustus a bringer of peace and the most just legislator. Whether Ovid was referring to Augustus as the proposer of legislation or as a legislator remains uncertain, because that distinction was not necessarily relevant in his perspective.

The historical record of Augustus' legislative powers derives from two opposing statements. The first is one by Augustus himself, who in the *Res Gestae* says that he repeatedly rejected extraordinary powers proposed to him, for example that he be the supervisor of laws and morals, without a colleague and with supreme power.[4] Augustus insisted that he obeyed the republican *mos maiorum* and rejected all powers that would have been inconsistent with it, operating instead through his superior *auctoritas*. In

4 *Res Gestae* (*RG*) 6: "[W]hen the Senate and the Roman people unanimously agreed that I should be elected overseer of laws and morals, without a colleague and with the fullest power, I refused to accept any power offered me which was contrary to the traditions of our ancestors" (tr. Shipley). The most recent texts are Cooley *Res Gestae Divi Augusti* (2009); Scheid *Res Gestae Divi Augusti* (2007). See, also, Brunt and Moore *Res Gestae Divi Augusti* (1967); Belloni *Le "Res Gestae Divi Augusti"* (1987); Gagé, *Res Gestae Divi Augusti* (1935); and Mommsen's *editio princeps* of 1883. New fragments of the *Res Gestae* were found recently: Thonemann "A Copy of Augustus' *Res Gestae* at Sardis" 2012 *Historia* 61 282-288. For a historiography and commentary on the text, see, also, Ridley *The Emperor's Retrospect Augustus'* Res Gestae *in Epigraphy, Historiography and Commentary* (2003).

addition, he used his tribunician power to take steps requested by the Senate.[5] Augustus also noted that new laws passed at his suggestion (*me auctore*) reintroduced many practices that had been disappearing. He himself initiated practices for posterity to imitate.[6]

On the other hand, the image of the emperor as a legislating sovereign derives mainly from later sources such as the *lex de imperio Vespasiani*, Suetonius, Gaius and Dio. They stress the emperor's superiority with regard to law, in that he is both above the law and his command is the law. This power came to be seen as originating with Augustus and the main issue has been whether or not it was some official step that conferred total power on him.[7]

Suetonius and Dio both describe extraordinary legislative powers given to Augustus. According to Suetonius, Augustus received the power to supervise morals and the laws in perpetuity (*morum legumque regimen aeque perpetuum*); and he revised existing laws and passed some new ones, especially regarding extravagance, adultery, chastity, bribery and the encouragement of marriage. [8]

Dio says that in 24 BC the Senate made an extraordinary decision. Augustus had promised to give the Roman people four hundred sesterces each, but forbade the publication of the relevant edict before the Senate had approved the measure. The Senate then resolved to free Augustus from all subjection to the law so that he could be really independent and sovereign.[9] Brunt claims, with reference to the *lex de imperio Vespasiani*, that Dio misconstrued the resolution as a general one, probably because in his day the emperor was *legibus solutus*.[10] When, in response to the natural disasters of 22 BC, the populace demanded that Augustus take the title of dictator, Dio (54.3.1) claims that through his actions "he showed himself, in form as well as in name, both law-giver and arbitrary ruler" (tr. Cary).

If Suetonius and Dio are thought to have based their depiction of Augustus' powers on the model of the later emperors, what legislative powers did Augustus really have? Scholars are in broad agreement that Augustus' permanent powers after 23 BC included *imperium maius* both in the provinces and inside the *pomerium*, the right to convene the Senate and an *auctoritas* superior to all magistrates.[11] Honoré, with reference to the case of Lucius Lentulus and the introduction of codicils, discussed in Justinian's Institutes, argues that Augustus did not believe that he had the authority to change the law by a

5 *RG* 6.2: "Those things which at that time the senate wished me to administer I carried out by virtue of my tribunician power. And even in this office I five times received from the senate a colleague at my own request" (tr. Shipley). Tribunician power in this case would mean a plebiscite.

6 *RG* 8.12: "By the passage of new laws I restored many traditions of our ancestors which were then falling into disuse, and I myself set precedents in many things for posterity to imitate" (tr. Shipley).

7 Crook (n. 1) 118-119.

8 Suetonius *Aug*. 27.5.

9 Dio 53.28.2.

10 Brunt "Lex de imperio Vespasiani" 1977 *Journal of Roman Studies* 67 at 109.

11 Serrao (n. 1) 40. Ehrenberg "Imperium maius in the Roman Republic" 1953 *American Journal of Philology* 74 at 113-136.

command. Instead, he sought the advice of experts and preferred to use his considerable influence to push through reforms.[12]

There is little evidence that Augustus would have utilised his extraordinary powers to make his word law, especially since he mentions in the *Res Gestae* that this power was repeatedly offered to him. Instead, he proposed legislation to the assemblies and motions to the Senate, where the decisions would be valid through their own authority. Augustus knew that he needed to heed public perceptions and the numerous different interpretations given to his acts and words.[13] Meanings and messages were sought in each of his acts, whether public or private, by observers such as the Senate and the people relying on the semantic registers of the Roman political tradition. It was not only his appearance at public spectacles such as the circus or giving a *contio*, but also his voting as a citizen in the assembly that strengthened the continuity of the republican narrative.[14]

We know of only a few administrative edicts issued by Augustus. They may be seen as continuing the republican tradition of magistrates such as consuls, praetors and aediles publishing edicts regularly. They include the edict banishing Ovid, as well as epigraphically attested texts such as the edict on the aqueduct at Venafro and the more recently discovered Hispanian edict.[15] Some claim that as from the time of Augustus the power to give imperial constitutions derived not from the *imperium*, but from the *auctoritas principis*.[16]

The sources seem to indicate that when enacting laws, Augustus copied Caesar's example in following republican procedures but in reality, as the holder of true power, shaping the legislation himself. Caesar's legislative measures were all approved by the assemblies, but whether these had any real say in the matter is difficult to assess. When it came to elections, it has been suggested that Caesar simply sent the tribes a note containing the name of the candidate he recommended. Caesar influenced matters through indirect guidance, not direct control. Because of his control over the assemblies, it was clear that progress in a political career depended on him.[17]

3. Legislation on marriage

The best-known example of Augustus' legislative power is his famous legislation on morals and marriage.[18] Augustus was the prime mover of this legislative programme,

12 Honoré *Emperors and Lawyers* (1994) 7-8 discussing, though not referring to, Inst. 2.25pr.

13 Crook (n. 1) 121-122. The first legislative measure taken by the Senate was the Senatusconsultum Silanianum of AD 10. Schiller "Senatus consulta in the Principate" 1958/9 *Tulane Law Review* 33 at 499.

14 Flaig *Ritualisierte Politik Zeichen, Gesten und Herrschaft im Alten Rom* (2003) 117.

15 Johnson, Coleman-Norton and Bourne *Ancient Roman Statutes* (1961) 114-115 n. 136; Alföldi "Das Neue Edict des Augustus aus El Bierzo in Hispanien" 2000 *ZPE* 131 at 177-205. Regarding Augustus' edicts, see, also, Suetonius *Aug*. 53.1.

16 Magdelain *Auctoritas Principis* (1947) 77-79.

17 Sumi *Ceremony and Power Performing Politics in Rome between Republic and Empire* (2005) 54-57.

18 There is a vast literature on the subject, beginning with the still important Jörs *Die Ehegesetze des Augustus* (1894).

which was the most famous part of his legacy.[19] However, the fact that legislation on morals was thought necessary was in itself an admission of failure of the Roman state to attain a golden age of its own accord.[20]

The marriage laws passed in 17 BC comprised the *Lex Julia de maritandis ordinibus* and the *Lex Julia de adulteriis coercendis*. The first law made marriage mandatory, obliged widows to remarry, and prohibited the childless and unmarried from inheriting except from blood relatives, or bequeathing anything except to blood relatives. It also introduced the *ius trium liberorum*, which gave heads of family priority in obtaining magistracies, as well as tax incentives. The second criminalised extramarital affairs by removing them from the jurisdiction of the *paterfamilias* and providing that they had to be tried in a *quaestio perpetua*. Galinsky remarks that these laws, like so much else in the Augustan programme, were experiments that were subject to modification when problems arose. A correctional move was made in the *Lex Papia Poppeia* in AD 9, which reduced the penalties imposed in the earlier legislation and increased the benefits conferred on women by the *ius trium liberorum*.[21]

Augustus' marriage laws have often been regarded as social engineering, attempts to change society through legislation. However, they are not as unprecedented as the Romans and others have claimed. According to Crook, it is often forgotten how much the state interfered in the behaviour of citizens during the Republic and how morality and family issues were debated at that time. Having said this, Crook admits that Augustus' commitment to improving morals and increasing the birth rate of the upper classes was real and consistent.[22] Apart from moral and demographic improvements, another possible aim of Augustus' legislation on marriage was perhaps to elevate the status of women of the upper classes.[23] However, it is more plausible that there was an element of social control in it, with a view to both preserving differences in status and publicising the imperial commitment to the preservation of the existing order.[24]

The legislation on morals and marriage evoked much discussion even at that time. Tacitus speaks of the failure of the Augustan marriage legislation to popularise marriage

19 Some examples of the literature: Nörr "The matrimonial legislation of Augustus. An early instance of social engineering" 1981 *Irish Jurist* 16 350-364; Badian "A phantom marriage law" 1985 *Philologus* 129 82-98; Rawson "Discrimina ordinum. The lex Julia theatralis" 1987 *Papers of the British School at Rome* 55 83-114; Cloud "Lex Iulia de ui, I" 1988 *Athenaeum* 66 579-595; Davis "Thou shalt not cuddle: Amores 1, 4 and the law" 1993 *SyllClass* 4 65-69; Jonker "A few reflections on the background of Augustus' laws to increase the birth-rate" in David et al. (eds.) *Symbolae ad ius et historiam antiquitatis pertinentes I. C. van Oven dedicatae* (1946) 285-296.

20 Galinsky *Augustan Culture An Interpretive Introduction* (1996) 128-129. Similarly, Nörr (n. 19) 350-351.

21 Galinsky (n. 20) 130-131; McGinn "The Augustan marriage legislation and social practice: Elite endogamy vs. male 'marrying down'" in Aubert and Sirks (eds.) *Speculum Iuris Roman Law as a Reflection of Social and Economic Life* (2002) 46ff.

22 Crook (n. 1) 131-132.

23 Kienast *Augustus Prinzeps und Monarch* (1982) 98.

24 McGinn "Something Old, Something New ... Augustan Legislation and the Challenge of Social Control" 2008 *Ancient History Bulletin* 22 at 1-32, emphasises the element of improvisation in the policies of Augustus.

and the family.[25] In fact, no other piece of legislation elicited such discussion by Roman authors, with contemporaries and historians alike commenting on it and its effects. The provisions of the laws are known to us because they were still being discussed during the time of Ulpian.[26] Even Suetonius noted the resistance that there was to the marriage legislation.[27] It is possible that it was this same legislative programme that created the image of a legislative sovereign, although even Augustus' predecessors like Sulla had introduced similar programmes.

4. Other incursions into the field of law

The contradictory narratives about Augustus, some speaking of Republican continuity and others of a quasi-divine autocrat, are also to be found in fields other than legislation. This duality may be discerned, for example, in issues like the relationship of Augustus towards the legal profession, the physical presence of the emperor in the *fora* where the trials took place, and the honours accorded to Augustus.

In the Roman legal tradition, it is well known that there was a sharp distinction between legislation initiating social change and the core of civil law. Legislation was traditionally the means of introducing reforms, whereas civil-law doctrine, based on the interplay between the praetor's edict and the opinions of jurists, developed organically. Augustus was preoccupied with the first, whereas it has not been shown that he had more than a passing interest in the second. Nevertheless, legal historians have taken a tremendous interest in his cultivation of certain lawyers, who were promoted to important positions in the administration. It has often been suggested that Labeo and Capito, the two major jurists of the time, were involved in the Augustan programme, but this is controversial. However, it should be noted that the relevant sources are from a later date.[28] Similarly, the controversial belief that the imperial authority conferred the privilege of *ius publice respondendi* on certain lawyers is based solely on later and contradictory sources.[29] On the whole, the relationship between Augustus and the jurists is a subject of ongoing controversy between those claiming that he made significant reforms to the law, and those who believe that it remained essentially unchanged. The supporters of the reform theory have argued that Augustus had a policy of promoting jurists and for that reason founded a law library in the Palatine and supported the law

25 Tacitus *Ann*. 3.25.

26 Suetonius *Aug*. 34; Ridley (n. 4) at 172.

27 Suetonius *Aug*. 34.1.

28 Dig. 1.2.2.47; Gellius 13.12.1-2; Helssig "Die römische Rechtswissenschaft im Zeitalter des Augustus" in Gardthausen (ed.) *Augustus und seine Zeit, vol. 1.3* (1891) 901; Nörr "Innovare" (1994) *Index* 22 75: "Labeo war als Jurist und Innovator der perfekte Vollstrecker dieses augusteischen Programms"; De Giovanni "Giuristi e principe. Aspetti e problemi" in Mantovani (ed.) *Per la storia del pensiero giuridico Romano da Augusto agli Antonini* (1996) 204; Amarelli "Giuristi e principe. Conflitti compromessi collaborazioni" in Mantovani (*supra*) 183; Crook *Consilium Principis Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian* (1955); Amarelli *Consilia Principium* (1983).

29 Dig. 1.2.2.48-49; Tuori "The *ius respondendi* and the freedom of Roman jurisprudence" 2004 *RIDA* 51 at 295-337.

schools; and they link this development to the granting of the *ius respondendi* privilege.[30] The supporters of legal traditionalism have maintained that the system of private law changed only slightly under Augustus, essentially continuing to develop in the way it had before. They argue that despite the Augustan legislation in some fields such as family law, the main vehicle for legal change remained the urban praetor.[31] According to this theory, Augustus buried Caesar's ambitious plans to reform Roman law in order to retain the impression of republican legality.[32]

The importance of impressions and the contradictory images of innovation and traditionalism are evident even in the archaeological remains of the Augustan period. For example, the Forum of Augustus shows how much he wanted to be seen as a part of the republican tradition. This display would have been senseless if the identity of the Romans had been completely detached from the republican tradition and the monarchical system had been accepted.[33] It has been claimed that the Forum of Augustus presented him as the new Alexander, an improved version of the Hellenistic monarch who, besides conquering, was adept at governing; and that the imagery and symbolism of the Forum of Caesar and the Forum of Augustus complement each other, which is understandable because both were completed by Augustus.[34] However, this is contradicted by the fact that the Forum of Augustus contained the *summi viri*, the pantheon of heroes of early Rome. The emperor's power over the law courts also increased when new seats of justice were built. The Augustan reforms of the law courts changed the topography of Rome considerably. The construction of the forum of Augustus was expedited because new space was needed for court sessions.[35] According to Suetonius, Augustus built the temple of Apollo next to his house in the Palatine and with colonnades linking it with Latin and Greek libraries. He often held the meetings of the Senate, as well as the revisions of the lists of jurors, in the temple.[36]

A final contradiction within the Augustan system was the contrast between the official staunch adherence to republican procedures and the increasing number of divine honours accorded to Augustus and references to his divinity, such as that of Ovid (*Pont*. 2.2.109). Though Augustus was deified immediately after his death, which was to set a precedent for the routine deification of emperors, he was not worshipped by the state in his lifetime. He was closely involved in sacrifices made to the traditional gods and the worship of Augustan gods, but despite some indications that this was planned, no direct link was ever formed. In literature and iconography, Augustus was of course frequently depicted

30 Bauman *Lawyers and Politics in the Early Roman Empire* (1989) 40-43.

31 Serrao (n. 1) 66.

32 Honoré (n. 12) 3.

33 Eder "Augustus and the power of tradition" in Raaflaub and Toher *Between Republic and Empire Interpretations of Augustus and His Principate* (1990) 86.

34 Galinsky (n. 20) 208.

35 Suetonius *Aug*. 29.1-2; Carnabuci *I luoghi dell'amministrazione della giustizia nel foro di Augusto* (1996); Neudecker "The Forum of Augustus in Rome: Law and order in sacred spaces", in De Angelis *Spaces of Justice in the Roman World* (2010).

36 Suetonius *Aug*. 29.3.

as god-like, but he always refused direct deification by the state. However, in neither municipal nor provincial cults nor in private worship was there any such prohibition.[37]

The success of Augustus' self-promotion may be seen in the way he is discussed by later authors. His near contemporary Seneca calls Augustus a good prince, who never avenged insults with cruelty and deserves the name of father.[38] He contrasts Augustus *princeps* with Augustus triumvir, saying that he was a gentle prince (*mitis princeps*); but that when he was triumvir at an early age he had wielded both the sword and the dagger, killed friends and taken part in proscriptions.[39] Suetonius, on the other hand, mentions that Augustus always avoided the title of *dominus* as insulting and shameful. After the audience at a play started applauding him when the words "*O dominum aequum et bonum!*" were said in a comical context, he expressed his disapproval both in gesture and, the next day, in an edict.[40]

Abstract

Imperial control over legislation is one of the crucial changes between Republic and Principate. The aim of this essay is to analyse this historical change through the narrative tradition concerning the development of Augustus' legislative powers. Accounts by Augustus himself as well as later Roman historical authors such as Suetonius and Dio describe Augustus as legislator, which seems to indicate that there were two contradictory narratives, one Republican and the other an imperial sovereign one. These narratives were possibly aimed at different constituencies and served different purposes. Because of later developments in the powers of the Roman emperor, the imperial sovereign narrative became the dominant one in later historiography.

37 Gradel *Emperor Worship and Roman Religion* (2002) 63-64, 110, 132, 138-139. See, also, Fishwick *The Imperial Cult in the Latin West*, vol. 1 (1987) 83-84 et passim.

38 Seneca *Clem.* 1,10,3.

39 Seneca *Clem*. 1.9.

40 Suetonius *Aug*. 53.1.

ON THE USELESSNESS OF IT ALL: THE ROMAN LAW OF MARRIAGE AND MODERN TIMES

Jakub Urbanik* **

> 'Ay', said the Muskrat, 'now I should like my book spirited back again, please'. 'Right' said the Hobgoblin. 'Here you are, sir'. '"*On the usefulness of everything*"' read the Muskrat, 'but this is the wrong book, the one that I had was about the *uselessness of everything*'. But the Hobgoblin only laughed. (Tove Jansson, *Finn Family Moomintroll*, ch. 6, (trans. Elisabeth Porch))

If only there were a Hobgoblin, I sometimes wish, who could spirit back the general consensus on the necessity of including Roman law in modern law curricula. Alas and alack, fewer and fewer scholars are convinced of this need. Many of us have therefore tried to adopt a Hobgoblin's personality and draw endless arguments in favour of our discipline out of the magician's tall hats. One of the recurring ideas would be the immortality of the values of a legal order invented by and for long-dead people. The pure *romanesimo* in Orestano's words has impressed itself on the minds of many.[1] Thus the Roman law we reconstruct – and teach – becomes the Platonic idea of law. Once held up as an attainable ideal, it now necessarily becomes a paradigm of law creation, or at least a source of criteria that will be of use to us when we scrutinise and criticise modern legal orders and their lawgivers.[2] In this essay, unavoidably brief and superficial given the space available, I shall examine only one example of such an approach and ask whether Roman views on the nature of marriage should influence current developments in the field. Chapter six

1 R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 464-479.

2 See W. Wołodkiewicz on the imaginary effigy of Roman law in political speeches '"Prawo rzymskie" w wypowiedziach polskich parlamentarzystów' ('Polish parliamentarians on "Roman law"'), *Palestra* 9.10 (2008), 162-170.

* Assistant Professor of Roman Law and the Law of Antiquity, Faculty of Law and Administration, University of Warsaw.

** This essay, the first draft version of which was delivered at the conference *Interesse privato e interesse pubblico nel diritto romano riflessioni moderne*, Kętrzyn 28/29.05.2012, owes a great deal to Agnieszka Kacprzak's lectures on the notion of natural law and to a critical reading of José Luis Alonso. To both of them I am grateful for stimulating and fruitful debates. I am obliged to Józef Mélèze Modrzejewski for his comments on the final version of the paper and to Derek Scally and Lesbury van Zyl for revising my English. I am aware that the problems I am tackling here have thoroughly been discussed by the most eminent scholarship. I have consciously chosen to cite only some examples thereof, aiming rather at a comprehensive illustration of my points rather than at an exhaustive scientific discourse. All translations, unless otherwise indicated, are mine. The work on this paper has been conducted within Proyecto I+D+I: *Las mujeres y la práctica jurídica en el imperio romano.*

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 946-960

of a recent book by Wolfgang Waldstein[3] is the most recent work on this question.[4] Because the book itself deals with *natural law*, the most obvious point of departure for the author is the renowned passage from the very beginning of Ulpian's *Manual*:

> D. 1.1.1.3 (Ulpianus *libro primo institutionum*): *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeri.* (Natural law is that which nature has taught all animals. And so it not only refers to the human species, but is common to all animals, whether born on earth or in the sea, and also to the birds. From it comes the union of male and female, which we call marriage, procreation of children and their rearing. We should observe therefore that other animals, including wild beasts, have experience of this law.)

Ulpian, as the Austrian author observes, regards marriage – intended of course as a union between a man and a woman – as the 'first example of an [legal] institution built on natural law'. Setting this pronouncement against a framework constructed *ad hoc* with reference to other Roman sources on natural law, (see Gaius, 1.158, Paul, D. 23.3.14, and Modestinus, D. 23.2.1, which I shall address below), has led Waldstein to a *natural* – pun intended – conclusion that the only possible type of marriage is a heterosexual and monogamous one. It would follow that anything else, even if superimposed by human law, would constitute a breach of natural law, and should therefore be avoided.[5] Thus a

3 W. Waldstein, *Ins Herz geschrieben das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Augsburg 2010, esp. ch. 6. This author's view is not isolated. For the sake of keeping this paper shorter I have not referred to the works of Maria Pia Baccari (see most recently 'Personas matrimonio y familia en el sistema romano. Contra los "abstractismos" y los individualismos contemporáneos', in: P. Resina Sola (ed.). *Fundamenta iuris. Terminologia, principios e interpretatio de Roma a la actualidad, XIV Congreso internacional y XVII Congreso Iberoamericano de Derecho romano (Almeria, 28-30 marzo 2012)*, Almeria 2013, 481-490, and *Matrimonio e donna* I, *Concetti ulpianei*, Torino 2012, *Concetti ulpianei per il "diritto di famiglia"*, Torino 2000), yet my results, *mutatis mutandis*, would be applied accordingly.

4 Yet it follows a path well marked by a number of distinguished scholars. See T. Giaro, 'Problemi romani e problemi romanistici in tema di matrimonio', in: Z. Służewska/J. Urbanik, *Marriage Ideal, Law, Practice Proceedings of a Conference Held in Memory of Henryk Kupiszewski*, Warsaw 2005, 83-110. In the same paper there is a very sound description of the tension between the law of Romans and the Romanistic tradition in general, taking as the point of departure Orestano's distinction (n. 1), 83-87. An important contribution to the discussion on marriage and natural law is to be found at 90-104, where another 'natural' aspect of Roman marriage is discussed. Adultery, a deed *per se* in conflict with marriage, just like theft, is a 'naturally' shameful act (D. 50.16.42, Ulpian, 57 *ad ed*. and Gaius 3.194). Interestingly, Giaro finally concludes that Roman jurisprudence seems often to have changed its stance on whether marriage should be classified as 'natural' or as based on positive law (103-104).

5 One is tempted to recall here Bertrand Russell's observation on marriage, family and state intervention in his *Marriage and Morals*, a fascinating book profoundly influenced by the novelty of the anthropological findings of that epoch. In the book he noted that State legislation on family matters paradoxically destroys its traditional – *natural* – structure. Russell cites such examples as children being removed from unfit parents, or the creation of job opportunities for women. No wonder that after the publication of this work the philosopher was deemed 'morally unfit' to take up a chair in New York.

reconstruction of the Roman law of marriage highlights a pattern any law of marriage should pursue. Before we proceed, let us observe one crucial feature of the Ulpianic definition of marriage that seems to have evaded most scholars. The jurist does indeed see that coupling and procreation originate in nature, but he also draws a sharp line between human and animal: the union of a man and a woman is what *we*, i.e. the *Romans*, call marriage. Nature does not know marriage.[6]

In what follows I shall first discuss the premises of such a reading of the sources and then suggest a possible alternative, hoping to find that we may learn something from Roman jurists.

1. *Ius naturale in* D. 1.1.1.3

In this part I shall not attempt a thorough analysis of the notion of Ulpianic natural law, which Waldstein did not do in his essay either. I shall only point out certain incongruences in his views and refer the Reader wishing to study the subject in more depth to the studies by eminent writers, most notably the recent and thorough one by Valerio Marotta (to be read together with the dissenting views of Antonio Mantello).[7] I daresay my superficial discussion of this point will suffice,[8] as I do not draw such rigid and far-fetched conclusions from this reconstruction as Waldstein has done.

Let us first examine the background against which Ulpian's statement has been examined. The first point of comparison is provided by a fragment of Gaius' *Manual*, untainted by any suspicion of a Justinianic intervention. This quality is of the utmost importance to Waldstein as he attempts to reconstruct the universal concept of natural law, proving it was common to Christians and heathens alike.

> Gaius 1.158: *Sed adgnationis quidem ius kapitis diminutione perimitur, cognationis uero ius eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest.* (And while an agnatic relationship is ended by a change in status, a cognatic relationship is not changed in this way, because a decision under civil law may destroy civil rights but not natural ones.)

6 See also on this point a perspicuous review of the first edition (1983) of Honoré's book by A. Watson, *Times Literary Supplement* 1983 as well as V. Marotta, '*Iustitia, vera philosophia e natura*. Una nota sulle *Institutiones* di Ulpiano', *Seminarios complutenses de derecho romano* 19 (2006), 285-334, at 330 (= in: D. Mantovani/ A. Schiavone, *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 663-601). An innovative view on this point has been recently presented by R. Quadrato, '*Maris atque feminae coniunctio*: matrimonium e unioni di fatto', *Index* 38 (2010), 223-252. The author suggests that the Ulpianic axiom refers not only to legitimate marriage but also comprises factual unions. Quadrato's argumentation rightly points out the discrepancy between the social and legal view of marriage, I am less convinced by his main thesis. No matter, however, whether we accept it, or not, it does not contradict my point: the divergence between a union of animals and that of humans.

7 Marotta (n. 6), *passim* esp. 2. 'La tradizione stoica e ciceroniana e la definizione ulpianea di *ius naturale*' with a critical note by A. Mantello, 'Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza', *SDHI* 74 (2008), 3-78, at 48, n. 110 (= F. Milazzo (ed.), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero. Atti del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello, 5-8 giugno 2004)*, Catanzaro 2012, 27-127 at 80, n. 110).

8 I am not taking into account the original and interesting viewpoint of Sir Henry Sumner Maine, who basically dismisses the whole Ulpianic concept of *ius naturale*, and shows that only *ius gentium* and *ius civile* counted: cf. *Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, London/New York/Toronto (*The World Classics*) 1931, 43.

The problem with relying on this text for proof in this context is not even the questionable attribution of the same meaning to the term *iura naturalia* in Gaius' lectures as *ius naturale* is given in Ulpian's definition of the law. The Austrian author considers only the second part of the clause, which is indeed a striking maxim. Yet the author of the *Institutes* does not seem to have wanted to ascribe a general meaning to this phrase. It needs to be read in context, and its context is provided by a general description of the categories of free persons in the Roman *politeia*. Referring to the political laws *par excellence*, the *XII Tables*, and to the origin of legal guardianship, later abolished as regards women by the *lex Claudia*, Gaius explains to his readers the general difference between agnatic and cognatic relationships. The former concept stems from Roman-law provisions on citizenship. The latter concept, describing the real provenance of children and their blood relationship to their natural parents, can obviously not be altered by any human decree. Needless to say, no moral value could be attributed to this notion.

Similar reasoning could have prevented a misinterpretation of the reference to *nature* in a fragment of Paul's *Commentary on the Edict*, evoked in the same stream of argumentation:

> D. 23.2.14 (Paulus *libro 35 ad edictum*): pr. *Adoptivus filius si emancipetur, eam quae patris adoptivi uxor fuit ducere non potest, quia novercae locum habet. 1. Item si quis filium adoptaverit, uxorem eiusdem quae nurus loco est ne quidem post emancipationem filii ducere poterit, quoniam aliquando nurus ei fuit.* 2. *Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem: tantundem iuris est et in sorore et sororis filia. Idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. Unde nec volgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere*. (If an adopted son is emancipated, he cannot marry the woman who was his father's wife, for she is still his step-mother. Likewise, if someone has adopted a son, he will not be able to marry his son's wife, who is still his daughter-in-law, even after the son's emancipation, for the woman was once this man's daughter-in-law. 2. Under this law, slaves' cognatic relationships must also be respected. Thus after manumission nobody may marry his mother; the same rule is observed in respect of a sister and a sister's daughter. On the contrary, one should say that a father cannot marry his daughter, once they are both released from slavery, even if it is uncertain whether he is the father. Neither may a natural father marry his daughter born out of wedlock, for in entering into marriage one should contemplate natural law and modesty. And it is contrary to modesty to marry one's daughter.)

Again, *ius naturale* seems not to have a decisively appraising value. Nature governs blood relations in humans as in beasts. Roman marriage – as devised by civic law – is inaccessible to people too closely related by blood, even if *ius civile* normally preferred the agnatic bond as the basis of various legal relationships. Let us observe that what prevents an incestuous union is unsurprisingly human *pudor*, not natural law. Note that the jurist's reasoning starts with an impediment (using the modern term) to marriage created by the previous legal bond: adoptive parenthood. Only later does he consider the opposite situation: the impossibility of marrying a blood relative where the relationship

cannot be recognised by civil law. The final example is the most telling: we well remember the famous Paulian saying that it is always certain who the mother is but fatherhood is presumed.[9] There is no marriage between slaves, and there cannot be a presumption of fatherhood among them. Similarly, there is no presumption of fatherhood in respect of children born out of wedlock to free people. Yet human modesty does not allow them to marry their fathers. Natural law, whether in the Ulpianic sense of a biological force (see further below), or as the Gaian *naturalis ratio*, the source of *ius gentium* would not be capable of preventing this.[10] Explaining the former is unnecessary, and the latter becomes obvious as we recall the Roman tolerance of endogamic unions in Egypt, which also demonstrates Roman acceptance of the exclusively civic character of *their* marriage.[11]

The next step in Waldstein's interpretation is to recollect the famous dictum of Modestinus:

> D. 23.2.1 (Modestinus *libro 1 regularum*): *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (Marriage is a joining of a husband and wife, partnership of fates in all aspects of life, a communication under divine and human law.)

Waldstein firmly decides that Ulpian's acolyte must have elaborated on his master's definition of marriage. He is further quite convinced that *ius divinum* in this passage corresponds to *ius naturale* in D. 1.1.1.3; and that the Justinianic *Institutions* provide evidence of this, distinguishing as they do the immutable natural laws made by Divine Providence, and the always changeable human laws.[12] Even a quick glance at this clause reveals the differences between the divisions in IJust. 1.2.11 and D. 1.1.1. Leaving aside the obvious differences such as the binominal versus the trinominal division, and the absence of any allusion to the animal world in the Byzantine *Manual*, we cannot but be struck by the obvious contrast between the force of nature and the concept of the Divine Providence deeply rooted in Christian anthropology (which, by the way, confirms the authenticity of the Ulpianic text). How one might have identified these two, remains a mystery.

What then was the real meaning of *ius naturale* in Ulpian's introductory lecture on law? If one seeks a philosophical significance in it the answer will be provided by

9 D. 2.4.5 (Paulus, 4 *ad ed.*): [mater] *semper certa est ... pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*.

10 Cf. Gaius 1.1: … *quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

11 Cf. the all-telling paragraph of the *Gnomon* drawing a visible line between the unions of the Romans and of the 'others': § 23 (iv 70-72) οὐκ ἐχὸν Ῥωμαίοις ἀδελφὰς γῆμαι οὐδὲ τηθίδας, ἀδελφῶν | θυγατέρας συνκεχώρηται. Παρδαλᾶς μέντοι ἀδελφῶν συν|ελθόντων ‵τὰ ὑπάρχοντα′ ἀνέλαβεν. (Romans are not allowed to marry (their) sisters or aunts, (but) are allowed (to marry) the daughters of brothers. Pardalas, in fact, has confiscated the property of siblings married to each other (I am following the reading of μέντοι suggested by J. Mélèze Modrzejewski in his edition of the *Gnomon* in P.F. Girard/F. Senn, *Les lois des Romains*, Camerino 1977 (7 ed. by V. Giuffré), 520-557, at 532, n. 31).

12 IJust. 1.2.11. *Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent ea vero quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata.*

Ulpian's affiliation with one of the philosophical schools. The prevailing view of scholars is that the jurist's inclination was towards the Roman heritage of Stoa, a philosophical choice strengthened by his apparent inclusion in the intellectual circle of Julia Domna.[13] In this environment he may have also been exposed, as Frezza claims,[14] to the ideas of Neoplatonism. In arguing thus, Frezza refers to Ulpian's apparent adherence to this School's belief in the rational character of animals, proved by his allowing the *actio de pauperie* only where an animal was acting against its own nature.[15] Honoré agrees with this reasoning, stating that the same line of thought could have resulted in the Ulpianic idea of the natural-law origins of marriage, an institute known to animals through experience (*istius iuris peritia*), not instinct. This argument is not entirely convincing: as I have already stated above, it is not exactly what we find in Ulpian's text. It would be perhaps better to speak of the natural origins of coupling and procreation.[16] Finally, an all-governing law, common to all living things, may be an indirect echo of Pythagorean teachings, particularly those of Empedokles, as has been suggested by Mantello, who argues that Ulpian could have become acquainted with this ideology through the entourage of the *philosophos* empress.[17]

13 See T. Honoré, *Ulpian Pioneer of Human Rights*, Oxford 2002 (2 ed.), ch. 3 'The cosmopolis and human rights', esp. 80-83 with G. Crifó, 'Ulpiano. Esperienze e responsibilità del giurista', *ANRW* II.15 (1976), 708-789 (at 734-736), and others cited in n. 49.

14 P. Frezza, 'La cultura di Ulpiano', *SDHI* 34 (1969), 363-375, at 369-370, Idem, 'La persona di Ulpiano (a proposito del volume di Tony Honoré', *SDHI* 49 (1983), 412-422).

15 D 9.1.1.7 (Ulpianus *libro 18 ad ed.*): *Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum, qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri*. Cf. Honoré (n. 13), 82. See also J. Mélèze Modrzejewski, 'Ulpien et la nature des animaux', in: *La filosofia greca e il dritto romano*. *Colloquio italo-francese (Roma, 14-17 aprile 1973),* Roma 1975, 177-199 (*Droit imperial et traditions locales dans l'Égypte romaine*, Aldershot 1990, no V), who, having analyzed the possible philosophical doctrinal trends underlying the Ulpianic enunciation, correctly points out how little practical meaning they had with reference to the *actio de pauperie* and *actio de pastu*. (cf. also Idem, 'Hommes libres et bêtes dans les droits antiques', in: L. Poliakov (ed.), *Hommes et bêtes. Entretiens sur le racisme. Actes du colloque*, Paris/La Haye 1975, 75-102 (= *Statut personnel et liens de famille*, Aldershot 1993, no I). Indeed, we should pay attention to the cautious introductory *generaliter*, before firmly stating that Ulpian, unlike Servius or Alfenus, would grant the action only if an animal acted contrary to its nature.

16 Honoré (n. 13), 82, *contra* Watson (n. 6), *cf.* also P. Birks, review of the same, *The Irish Jurist* 18 (1983), 151 ff.

17 Cf. A. Mantello, 'Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo', *BIDR* 33/34 (1991/1994), 349-415, at 401-407, with an illustrative comparison with the beliefs of Philostrates (see *Vita Apoll.* 2.14) and evocation of the well-known fragment from Cicero's *de Republica* 3.18-19, in which he refers to the doctrine of the Pythagoreans: *Esse enim hoc boni viri et iusti, tribuere id cuique quod sit quoque dignum. Ecquid ergo primum mutis tribuemus beluis? non enim mediocres viri sed maxumi et docti, Pythagoras et Empedocles, unam omnium animantium condicionem iuris esse denuntiant, clamantque inexpiabilis poenas impendere iis a quibus violatum sit anima*. This view has been accepted by P.P. Onida, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Tornino 2012 (2 ed.), Part I, ch. III: La natura degli animali e il ius naturale, published at *http //www.dirittoestoria.it/dirittoromano/Onida-Animali-parteI-capIII.htm*, where the reader will also find a summary of scholarship on the question.

Turning back to the Stoic influence: it would be represented by a belief in the equality of people, no matter whether free or slaves;[18] in the field of family relationships, by an admonition to stay with one's wife, whether for better or worse,[19] and, if Marotta is to be followed, by reference to the education of children in our key passage. All in all, it is probably safe to assume that the Tyrrhian jurist was influenced by many of the philosophical currents to which he was exposed in his intellectual circles.[20] If we read the whole of D. 9.1.1, we realise that perhaps we sometimes want to attribute too much modern rigour to ancient minds. Paragraph 3 in which Ulpian explains the meaning of the edictal *pauperiem fecisse* is clear proof that the jurist did not assign any reasoning power to animals, contrary to what was assumed in the interpretation in D 9.1.1.7.[21]

For the sake of argument, let us provisionally assume that the 'mainstream of [Ulpian]'s thought was Stoic'.[22] This also seems to have been Waldstein's view, obviously influenced by Cicero. It is extremely difficult to convey the essence and role of natural

18 Cf. D. 1.1.4 (Ulpianus, 1 *inst.*), cited and analysed *infra*, and D. 50.17.32 (Ulpian, 43 *ad Sab.*): *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.*

19 D. 24.3.22.7 (Ulpianus, 32 *ed.*): *Si maritus vel uxor constante matrimonio furere coeperint, quid faciendum sit, tractamus … An autem illa repudianda est, considerandum est. Et si quidem intervallum furor habeat vel perpetuus quidem morbus est, tamen ferendus his qui circa eam sunt, tunc nullo modo oportet dirimi matrimonium, sciente ea persona, quae, cum compos mentis esset, ita furenti quemadmodum diximus nuntium miserit, culpa sua nuptias esse diremptas quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse? Sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris vel, quia liberos non habet, procreandae subolis cupidine tenta est licentia erit compoti mentis personae furenti nuntium mittere, ut nullius culpa videatur esse matrimonium dissolutum neque in damnum alterutra pars incidat*. Cf. Honoré (n. 13), 81.

20 Cf. Mantello (n. 17), 407: 'nelle affermazioni ulpianee (sullo ius naturale) è possibile rintracciare solo cultura ufficiale, imperiale. Meglio, un pitagorismo funzionale e omogeneo a tale cultura, di stampo etico-morale. E nient'altro', cf. also A. Honoré, 'Ulpian, natural law and Stoic influence', published online at *http //users.ox.ac.uk/~alls0079/Stoic%20influence%202.pdf*, 9: 'philosophically-minded lawyers are not members of this or that school of philosophy. It is a mistake to attribute to a lawyer a system of philosophy rather than a set of values. The nature of the discipline requires lawyers to be eclectic, to compromise between different aims.'

21 D. 9.1.1.3: *Pauperies est damnum sine iniuria facientis datum nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret.*

22 Cf. Honoré (n. 13), 82 and also Idem, 'Ulpian, natural law' (n. 20), *passim*. Another good reason to do so is that Long points out that '[even if] the Greek Stoics do not generally invoke law when speaking about strictly physical events and process … the Roman Stoic Seneca frequently does so' (A.A. Long, 'Law and nature in Greek thought', in: *Cambridge Companion to Greek Law,* Cambridge 2010, 412-430, at 424-426, with sources cited in n. 14, referring to the force of *lex mundi*, cf., e.g., *nat. quest*. 2.35.2 (the fates following their own *ius*, of which the first is order), 3.29.3 (*lex mundi*, which governs seasonal inundations, and the comparison between an infant already programmed to have the features of an adult at the point of its conception and birth and the universe necessarily following the path to its final doom), 6.32.12 (death as a component of *lex naturae*), 7.20.2 (miraculous conflagration not respecting laws of nature), 7.28.2 (*leges mundi* governing the movements of comets), and citing B. Inwood, 'Natural law in Seneca', *Studia Philonica* 15 (2003), 81-99).

law or natural reason in this school, given the scarcity and ambiguity of the sources.[23] The Stoic belief in a natural and meaningful order of the universe suggested a life in concordance, *homologia.* People should therefore live their lives performing appropriate actions, *katechonta*, which Cicero renders as *officia* (*fin*. 3.20). The appropriate actions are these to which people are naturally inclined, firstly preserving their own lives, as Cicero reminds us, but also, for example, procreation and avoiding pain. Living in this way would be living according to *nature* in the first, more superficial meaning of the term. Up to this point one could postulate a certain similarity between humans, and other animate beings (even inanimate things such as plants) populating the universe.[24] Yet, although people observe irrational nature as they observe themselves, they never copy it. In the hierarchy of beings in the universe, human reason and especially the reason of wise people is what is closest to God, so that it would be absurd to say that we ought to learn from animals.[25] Observing oneself as well as nature brings comprehension. Rational humans discover higher reason, which governs all nature, and understand that their lives should conform to this reason. It is this attitude – the desire to follow the nature of the universe – that converts *katechonta* as signposts into *katorthomata*, *recta officia*, or right actions. One should therefore not be surprised that a wise man sometimes prefers suicide to life (even if the preservation of life is seemingly a *katechonton*).[26] It is because in particular circumstances wise people choose service to the world rather than their own well-being.[27] Let us not forget, however, that in our humble existence we are all far from being wise, as Seneca reminds us.[28]

23 See, now for all, M. Frede, 'On the Stoic conception of good', in: Katerina Ierodiakonou (ed.), *Topics in Stoic Philosophy*, Oxford 1999, 71-94, his interpretation of Cicero, *fin.* 3.20-21 and the account of Stoic doctrine in D.L. 7.85-86. What follows has been chiefly based on this work as well as a very articulate elucidation, especially in regards to the normative function of nature, provided by Agnieszka Kacprzak, 'L'*actio aquae pluviae arcendae* ed il concetto labeoniano di natura', in: Mantovani/ Schiavone (n. 6), 271-298, at 282-285 (2.1. 'La normatività della natura nel pensiero stoico').

24 Cf. D.L. VII 85 (Chrysippus, *peri telon*).

25 Cf. D.L. VII 129 (= *SVF* III 367): Ἔτι ἀρέσκει αὐτοῖς μηδὲν εἶναι ἡμῖν δίκαιον πρὸς τὰ ἄλλα ζῷα, διὰ τὴν ἀνομοιότητα, καθά φησι Χρύσιππος ἐν τῷ πρώτῳ Περὶ δικαιοσύνης. (It is their doctrine that there can be no question of right as between man and the lower animals, because of their unlikeness. Thus Chrysippus in the first book of his treatise *On Justice*: trans. R.D. Hicks.)

26 Cf. D.L. VII 130 (= *SVF* III 757): Βίων δὲ τριῶν ὄντων, θεωρητικοῦ καὶ πρακτικοῦ καὶ λογικοῦ, τὸν τρίτον φασὶν αἱρετέον· γεγονέναι γὰρ ὑπὸ τῆς φύσεως ἐπί- τηδες τὸ λογικὸν ζῷον πρὸς θεωρίαν καὶ πρᾶξιν. εὐλόγως τέ φασιν ἐξάξειν ἑαυτὸν τοῦ βίου τὸν σοφὸν καὶ ὑπὲρ πατρίδος καὶ ὑπὲρ φίλων, κἂν ἐν σκληροτέρᾳ γένηται ἀλγηδόνι ἢ πηρώσεσιν ἢ νόσοις ἀνιάτοις. (Of the three kinds of life, the contemplative, the practical, and the rational, they declare that we ought to choose the last, for that a rational being is expressly produced by nature for contemplation and for action. They tell us that the wise man will for reasonable cause make his own exit from life, on his country's behalf or for the sake of his friends, or if he suffer intolerable pain, mutilation, or incurable disease: trans. R.D. Hicks.)

27 Cf. Frede (n. 23) and Kacprzak (n. 23), 284-285.

28 Seneca, *Ep*. 116.5: *Eleganter mihi videtur Panaetius respondisse adulescentulo cuidam quaerenti an sapiens amaturus esset "de sapiente" inquit, "videbimus; mihi et tibi, qui adhuc a sapiente longe absumus, non est commitendum ut incidamus in rem commotam, inpotentem, alteri emancupatam, vilem sibi*"... . Cf. also a postulate, stemming not only from the Stoics that in a community wise men should share women; sharing children and women being a perfect way to eliminate jealousy and adultery in society: D.L. VII 131 (*SVF* III 728).

The Stoic doctrine is morally indifferent to other natural happenings. Thus we find in its teachings admonitions to eat corpses,[29] and something quite useful in the context of this essay, i.e., a number of Stoic observations on human sexuality.[30] According to them it is permissible to have sexual relations with mothers, sisters and sons,[31] and a carnal act between males should not be viewed with contempt.[32] One may naturally question whether these passages reflect original Stoic thought and not the Cynic influence on Zeno or perhaps the negative views of later authors who derided and distorted the beliefs of the Stoics. Their authenticity may, however, be confirmed if we accept that the anti-Stoic opponents' possible emphasis on what was 'unnatural' were suggesting that the Stoics' beliefs were the reverse of what they really were. Chrysippus might have wanted to answer to that by pointing out that some behaviour is to be found even among animals, so it cannot offend nature. Otherwise we would have to assume that nature offends

29 D.L. VII 188 (*SVF* III 747.1-2): ἐν δὲ τῷ τρίτῳ Περὶ δικαίου κατὰ τοὺς χιλίους στίχους καὶ τοὺς ἀποθανόντας κατεσθίειν κελεύων. (In the third book *On Justice* (Chrysippus) at about line thousand (explains) the command to devour the deceased ones.)

30 On the sexual ethics of the early Stoics, see, most recently, Kathy L. Gaca, 'Early Stoic Eros: The sexual ethics of Zeno and Chrysippus and their evaluation of the Greek erotic tradition', *Apeiron* 33.3 (2000), 207-238 – even if the author seems to have read too much into the sources (e.g. D.L. VII 131, where she postulates sexual equality between men and women in sharing partners in the community).

31 D.L. VII 188 (*SVF* III 744): (Χρύσιππος) ἐν δὲ τῷ Περὶ πολιτείας καὶ μητράσι λέγει συνέρχεσθαι καὶ θυγατράσι καὶ υἱοῖς· τὰ δ' αὐτά φησι καὶ ἐν τῷ Περὶ τῶν μὴ δι' ἑαυτὰ αἱρετῶν εὐθὺς ἐν ἀρχῇ. (Again, in his *Republic*, Chrysippus permits coupling with mothers, daughters and sons. He repeats this in his work *On Things for their Own Sake not Desirable*, right at the outset: trans. R.D. Hicks, with some alterations) and Plutarchus, *de stoic. repugn*. 22, 1044f (*SVF* III 753): Καὶ μὴν ἐν τῷ τῶν Προτρεπτικῶν εἰπὼν ὅτι "καὶ τὸ μητράσιν ἢ θυγατράσιν ἢ ἀδελφαῖς συγγενέσθαι καὶ τὸ φαγεῖν τι καὶ προελθεῖν ἀπὸ λεχοῦς ἢ θανάτου πρὸς ἱερὸν ἀλόγως διαβέβληται", καὶ πρὸς τὰ θηρία φησὶ δεῖν ἀποβλέπειν καὶ τοῖς ὑπ' ἐκείνων γινομένοις τεκμαίρεσθαι τὸ μηδὲν ἄτοπον μηδὲ παρὰ φύσιν εἶναι τῶν τοιούτων· εὐκαίρως γὰρ πρὸς ταῦτα γίνεσθαι τὰς τῶν ἄλλων ζῴων παραθέσεις εἰς τὸ μήτε συγγινόμενα μήτε γεννῶντα μήτ' ἐναποθνήσκοντα ἐν τοῖς ἱεροῖς μιαίνειν τὸ θεῖον. (Moreover, having said in his book of *Exhortations*, that the having carnal commerce with our mothers, daughters, or sisters, the eating forbidden food, and the going from a woman's bed or a dead carcass to the temple, have been without reason blamed, he affirms, that we ought for these things to have a regard to the brute beasts, and from what is done by them conclude that none of these is absurd or contrary to Nature; for that the comparisons of other animals are fitly made for this purpose, to show that neither their coupling, bringing-forth, nor dying in the temples pollutes the Divinity.: trans. ed. W.W. Goodwin).

32 Sextus Empiricus, *Pyrrhoniae hypotyposes* III 199-200 (cf. *SVF* I 585): παρ' ἡμῖν μὲν αἰσχρόν, μᾶλλον δὲ καὶ παράνομον νενόμισται τὸ τῆς ἀρρενομιξίας, παρὰ Γερμανοῖς δέ, ὡς φασίν, οὐκ αἰσχρόν, ἀλλ' ὡς ἕν τι τῶν συνήθων. λέγεται δὲ καὶ παρὰ Θηβαίοις τὸ παλαιὸν οὐκ αἰσχρὸν τοῦτο εἶναι δόξαι, καὶ τὸν Μηριόνην τὸν Κρῆτα οὕτω κεκλῆσθαί φασι δι' ἔμφασιν τοῦ Κρητῶν ἔθους, καὶ τὴν Ἀχιλλέως πρὸς Πάτροκλον διάπυρον φιλίαν εἰς τοῦτο ἀνάγουσί τινες. 200. καὶ τί θαυμαστόν, ὅπου γε καὶ οἱ ἀπὸ τῆς κυνικῆς φιλοσοφίας καὶ οἱ περὶ τὸν Κιτιέα Ζήνωνα καὶ Κλεάνθην καὶ Χρύσιππον ἀδιάφορον τοῦτο εἶναί φασιν. (Sexual relations between men have been considered by us disgraceful, or better said unlawful, but they are said not to be disgraceful among the Germans, but customary. And they are said not to be formerly disgraceful among Thebans. Meriones the Cretan is also said to have been called this same, following the custom of the Cretans. Some admit as well that Achilles' love for Patrokles was ardent. Why wonder then, that the ones rooted in the philosophy of Cynics or the followers of of Zenon of Citium, Cleanthes and Chrysippus say that it is neither good or bad.)

itself. The deeds in question are therefore *per se* morally indifferent.[33] Yet, even if these examples are only pseudo-Stoic, they must still have been current in the cultural milieu of Ulpian and thus somehow have shaped his ideas on Stoic philosophy.

These ancient examples of natural behaviour already show how risky it is to speak of such behaviour in the context of the law. If we turn to modern experience, we see the dangers of such arguments even more clearly, as demonstrated by the most recent findings of socio-biology. Suffice it to recall a fascinating book by Vitus Dröschler on animal matching patterns, describing 'bizarre' sexual habits that are quite common in the animal kingdom.[34] This is why to argue that certain behaviour is natural and thus to imply that any other conduct is unnatural and should not be tolerated or allowed, is therefore truly hazardous. *There are more* 'unnatural' *things in heaven and earth … than are dreamt of in* our *philosophy*.

Now, if this is the doctrine embodied in Ulpian's works, tracing a link between his 'definition' of marriage and present-day discussions of the nature of this institution might prove rather difficult for Waldstein *et consortes*, who condemn the 2000 Resolution of the European Parliament exhorting the EU member states to 'guarantee one-parent families, unmarried couples and same-sex couples' rights equal to those enjoyed by traditional couples and families, particularly as regards tax law, pecuniary rights and social rights',[35] adding a comparison to the tyrannical *diktat* of the late Soviet Union.

2. *Ius naturale v. ius gentium*

In an article written a few years back, Laurens Winkel convincingly traces the possible origins of the famous Ulpianic saying on justice (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuere*, D. 1.1.10), after meticulously reconstructing the paths and wildernesses through which the maxim may have reached Ulpian's *Manual*.[36] In the final part of the essay the scholar dismisses the Stoic view of *ius naturale* mentioned in

33 See Chrysippus *apud Plutarchum* cited *supra*, n. 31. I am grateful to Agnieszka Kacprzak for this proposition.

34 *Sie töten und sie lieben sich – Naturgeschichte des Paarverhaltens im Tierreich*, Hamburg 1974.

35 *Resolution on the Respect for Human Rights for Human Rights in the European Union for 1998-1999* EP Document A5-0050/2000, arts. 56-60. Cf. its condemnation by the Pontifical Council for the Family in a declaration dated 17.03.2000: 'This *Resolution* represents a grave and repeated attack on the family based on marriage, a union of love and life between a man and a woman from which life naturally springs', and Waldstein (n. 3), 110-112. I shall not discuss this author's argument, in the same context, in support of art. 209 of the *Austrian Criminal Code*, claiming it provided sufficient protection against the threat of paedophilia or pederasty (*sic!*). Note that this provision, now repealed, was deemed by the European Court of Human Rights to 'embod[y] a predisposed bias on the part of a heterosexual majority against a homosexual minority; these negative attitudes could not of themselves be considered by the Court to amount to sufficient justification for differential treatment any more than similar negative attitudes towards those of a different race, origin or colour.' (cf. *S.L. v. Austria*, s. 44). *Charta non erubescit*, sadly, by yet another example of the identification of homosexuality with paedophilia.

36 L. Winkel, 'Die stoische οἰκείωσις-Lehre und Ulpians Definitions der Gerechtigkeit', *ZRG RA* 105 (1988), 669-679. On the recent absence of a normative role for nature in Stoic ethics see T. Engberg-Pedersen, *The Stoic Theory of Oikeiosis Moral Development and Social Interaction in Early Stoic Philosophy*, Aarhus 1990, and a review of that work by A. Erskine, *The Classical Review* 42 (1992), 77-79.

D. 1.1.1.3, suggesting the (indirect) influence of Theophrastus and his teaching on the unity of the world of humans and animals. He sees the distinction between *ius naturale* and *ius gentium* in the passage as an echo of a sort of middle term between the Stoic and Peripatetic doctrines on the law.[37] This may very well be so. As Winkel observes, Chrysippus taught that the law of nations 'governed only human relations'.[38]

One thing should be remembered here: the relationship between the law of nature (whatever its content may have been) and human law in Ulpian's thought is not one of subordination or entailment. We need again go no further than Ulpian's *Manual* to prove this statement.[39]

> D. 1.1.4 (Ulpianus, 1 *inst*.) ... *Quae res* (sc. *manumissiones*) *a iure gentium originem sumpsit, utpote cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita: sed posteaquam iure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis. Et cum uno naturali nomine homines appellaremur, iure gentium tria genera esse coeperunt: liberi et his contrarium servi et tertium genus liberti, id est hi qui desierant esse servi*. (Manumissions originate from the law of nations, since by natural law all people were born free and manumission was unknown, as slavery was unknown. And while we are all called by one natural name 'humans', under the law of nations three categories came into existence: freemen and their opposite, the slaves, and the third category: freedmen, that is ones who had stopped being slaves.)

All the Stoic-inspired teaching on the natural equality of humans did not imply a change in or even a negative evaluation of the human law of slavery. As Józef Mélèze Modrzejewski rightly observes, it had no impact on the ways the jurists, Ulpian included, described this institution.[40] Sir Henry Maine was right: it had no practical impact. Adolf Berger also denied it any juristic content.[41] Not to take this argument to extremes, let me mention just one more example. The Roman jurists knew perfectly well that many institutions that are essential to society, such as property, commerce and contracts were simply not found in nature but were nevertheless valuable.[42]

37 Winkel, (n. 36), 678.

38 See *supra*, n. 25.

39 Cf. also similar enunciations by Florentinus (D. 1.5.4.1), Tryphoninus (D. 12.6.64) and Marcianus (D. 40.11.2).

40 Mélèze Modrzejewski, (n. 15), 198-199 and Idem, '*Aut nascuntur aut fiunt*: les schémas antiques des sources de l'esclavage', *BIDR* 79 (1976), 1-25.

41 See above n. 8 and A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadephia 1953, 530, s.v. *ius naturale* (on D. 1.1.1.4) 'The saying has no juristic content at all'. F. Schulz maintains a strictly sober and 'unphilosophical' view of the Roman jurisprudence in his *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 69-71 (with regard to republican lawyers whose views are unrelated to Greek philosophy) and 135-136 (classical lawyers). He is also very sceptical of the content of D. 1.1.1.3 (p. 137: 'of some interest to the sociologist, it is of no value to the jurist'). *Contra* P.P. Onida, *Prospettive romanistiche del diritto naturale,* Napoli 2012, 83-90, esp. 85, who discussed but rejected the views of other critics (*ibidem*, nn. 4-7). Yet his arguments fail to disclose sound textual evidence, being of a more ideological nature.

42 See D. 1.1.5 (Hermogenianus, 1 *iuris epitomarum*). *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.*

There is no need to dwell on the natural roots of things, because human law always takes over. Roman law may therefore still serve as a source of values, in spite of the various meanings it affixes to the law of nature. Needless to say, to someone advocating the eternal value of Roman law as just and equitable, this line of reasoning is double-edged.

3. The use and abuse of Roman marriage as model

Waldstein is not the first to rely on Roman marriage to justify its modern form, as has already been mentioned (n. 4). On the last pages of his perspicuous study Giaro depicts the fate of the Roman marriage model, reconstructed in modern times *secundum necessitatem*. For the sake of conciseness let me present just two examples, perhaps the most telling ones. With reference to the requirement of *conubium* and the fact that there was none between plebeians and patricians in ancient times, Rudolf von Jhering argued for marriage as a union within the same social group. By suckling the milk of plebeian mothers the children of mixed marriages would be imbued with ideas alien to and unfit for their own class. The prohibition of such marriages would have prevented such a disaster. The author of the *Spirit of Roman Law* did not have to look far to find what he believed to be an example from his own time: the ban on marriage between Jews and Christians.[43] It is easy to imagine what happened next: soon Wieacker would praise the re-emergence of the long-forgotten Roman *conubium* in the spirit and content of the Nuremberg racial laws on marriage and procreation.[44] This author's view on the possible natural-law roots of marriage is further illustrated by his admiration of the way in which the new National Socialist *Weltanschauung* placed family and marriage back in the role of servants in 'einem höherem Ordnungsgefüge'. This assessment is reinforced by his strong rejection of the traditional emphasis on the individual in marriage, and its contractual character, resulting, among others, in free divorce in the *natural law of the modern times*.[45]

No matter that the views of von Jhering and Wieacker may shock us, we cannot deny that they are correct in one important respect. Roman marriage may have been by nature heterosexual and monogamous, yet let us not forget that it was principally only accessible to citizens, and sometimes not even to all of them. The concept of *conubium* is

43 R. von Jhering, *Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, Lepzig 1894, 62-64 with Giaro (n. 4), 108.

44 F. Wieacker, 'Geschichtliche Ausgangspunkte der Ehereform', *Deutsches Recht* 7 (1937), 181-182 (now in *Zivilistische Schriften* ed. Ch. Wollschläger, Frankfurt a/M 2000, 245-261, 254), where he, having acclaimed *Namensehegesetz* (23.11.1933), *Ehegesundheitgesetz* (15.09.1935) and *Blutschutzgesetz* (18.10.1935), respectively for ending morally inappropriate marriages, ensuring that Germans married not their blood enemies, but only those traditionally considered to be of suitable blood lines, proudly recalls: 'Das Konnubium mit den alten, rassisch mehr oder minder verwandten Siedlungs- und Schicksalsnachbarn des deutschen Volkes in Europa brüht auf den bekannten Überzeugungen des Nationalsiozialismus über das Verhältnis der europäischen Völker' and Idem, 'Der Stand der Rechtserneuerung auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts', *Deutsche Rechtswissenschaft* 2 (1937), 18 (now in *Zivilistische Schriften*, 232-233, both with Giaro (n. 4), 108-109.

45 Wieacker (n. 44), 178-179, 180 (= 245-246, 248-249).

as inherent in the nature of this Roman socio-legal institution as the difference in sex of those marrying and, possibly on a lesser scale, its contracting *liberorum quaerendorum/ procreandorum causa*.[46] As Volterra correctly observes: Modestinus' definition of marriage respects its social aspect rather than its legal prerequisites.[47]

Now, at the other end of the scale, let us consider Fritz Schulz' image of the Roman law of marriage. For him, as we well know, the very proof of Roman legal humanism was the concept of marriage as found in Roman law, 'being a free and freely dissoluble union of two equal partners for life'.[48]

Those who wish Modestinus' definition of marriage to serve as a model today are forgetting what it meant: exclusiveness and – God forbid! – that, with *affectio maritalis* as its founding principle, marriage could be freely dissolved. Álvaro d'Ors knew this well when he rejected Roman marriage as a possible model for modern unions. He favoured looking at canon law instead, sternly criticising the heathen mentality for which the 'real essence of *Love* was not accessible'.[49]

Yet is it really necessary to look back at the model of Roman marriage or any other past model, for that matter? Does this model, no matter how attractively reconstructed, necessarily suggest the marriage we should recognise today? Giaro rightly concludes:

> 'vi sono tante lezioni per lo storico del diritto antico: distinguere il passato remoto da quello prossimo, entrambi dal presente e questo dal futuro. Non confondere problemi romani, romanistici, storiografici e giuspolitici. E mai scambiare il mestiere del romanista con quello del filosofo del diritto, del *laudator temporis acti* o addirittura del profeta.'[50]

4. Results?

My aim in this paper has been to question whether a reconstruction of Roman marriage is of any use to its modern equivalent. Moreover, justifying our modern ideological choice with reference to Roman legal reasoning, no matter whether the reconstruction be accurate or not, puts the teaching of Roman law at risk. It may be that with changing social opinion we may turn to a solution different to the one we advocate with reference

46 See O. Péter, '*Liberorum quaerendorum causa*. L'image ideale du mariage et de la filiation a Rome', *RIDA* 38 (1991), 285-331, esp. s. iii 3, for a study of the history of the formula, which interestingly is predominately known from literary sources and evidences of legal practice (see P. Mich. inv. 508+2217+ *P. Ryl.* iv 612!) and only rarely found in purely dogmatic texts (cf. CJ. 5.4.9, Imperator Probus A. Fortunato [a. 276-282]).

47 Cf., inter alia, E. Volterra, *s.v.* Matrimonio (diritto romano), *Enciclopedia del diritto* xxv, Milano 1975, § 5, see also § 3 on requisites of marriage, section a) *conubium* (= *Scritti giuridici* iii, Napoli 1991, 223-304, at 250-251 and 231-232 resp.).

48 F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, ch. 'Marriage', see also *Prinzipien des römischen Rechts,* Vorlesungen gehalten an der Universität Berlin von Fritz Schultz, Munich/Leipzig 1934, ch. 'Humanitas'.

49 Á. d'Ors, *Derecho privado romano*, Pamplona 1997 (9 ed.), § 219: 'La mentalidad pagana a la que resultaba inaccesible la verdadera esencia del Amor, no pudo alcanzar una concepción válida del matrimonio, y para el jurista moderno el derecho 'clásico', respecto a esta institución, es el Derecho Canónico'.

50 Giaro (n. 4), 110.

to Roman sources, yet still recall the Romanistic reasoning in the lost cause. It may mean that the teaching of Roman law will be declared to be the fifth column of reactionary forces and that there will be a call for its abolition and banishment from universities, such as I recall reading in the Comment Section of the leading Spanish newspaper, *El País*.

The whole issue becomes still more problematic if we even briefly consider the pace of social change in regard to marriage. It suffices to recall a fascinating anthropological debate on this issue between Robert Bruffault and Bronisław Malinowski in the 1930s. In an introduction to the published version of the original BBC broadcasts, Montague Francis Ashley-Montagu, who acted as midwife at these meetings, boldly challenged J.B. Watson's prophesy of the end of marriage within a generation: 'If there is one thing we can be certain of as anthropologists, it is that marriage will endure as long as human society endures'.[51] This may very well be true, as long as the definition of 'marriage' is appropriate for its epoch. While taking into account the views of both champions of anthropology but being aware of recent developments in Europe, the Americas and Australia, one is particularly wary of stating anything with 'certainty'.

Now, the Muskrat seems not to be a true follower of the philosophy of total renunciation. After all, he wanted his beloved book back. Neither am I able to renounce the usefulness of Roman law in modern times completely.

A first, modest conclusion may be trite. I daresay that whatever position we take on *natural law*, we shall all agree on it. Indeed, part of the usefulness of Roman law lies in teaching students how to think, how to apply proper algorithms of reasoning, how to study the technical paradigms of law making and the interpretation of law. In other words, a student may learn from the Romans how flexible and adaptable law has to be in order to meet the needs of the times, to survive and to continue to be useful. In his tireless marking of hundreds of examination papers, Laurens Winkel provides the best example of what practical use Roman law may be in the education of a young lawyer.

And if I were to add something more, in a spirit of contrariness I would ask the Reader to consider how a Roman magistrate would react to the changes and challenges of modern times. Is not *ius honorarium* the living voice of the law? The modern successors of the Roman *praetores* have shown how to pave the way for the legislator. The courts of the Canadian provinces recognised same-sex unions prior to the passing of the *Marriage Act*. The same thing happened in various South American countries, and most recently in a verdict of the Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, bringing a step closer equality between same-sex registered partnerships and marriages.[52] The finding of the Supreme Court of Israel is perhaps the most interesting one. The judges, formally upholding the religious law on marriages, *de facto* recognised same-sex unions and granted them legal protection in the State of Israel,[53] following an earlier precedent in which heterosexual civil marriages contracted by Israeli nationals abroad had been

51 *Marriage, Past and Present A Debate Between Robert Briffault and Bronisław Malinowski*, ed. with introduction by M.F. Ashley-Montagu, Boston 1956, 8.

52 Cf. *BVerfG*, 2 *BvR* 909/06 of 7.5.2013, the Court notably has urged the law-maker to legislate further on the matter.

53 *HCJ* 3045/05 *Ben-Ari v. The Director of the Population Administration in the Ministry of the Interior*, *Israel Law Reports* 2 (2006), 283-328.

given *de facto* recognition.[54] This is a *modus corrigendi* of civil law of which the Romans might have been proud. But of course all this is also ideology – this time, I admit, my own. In any case, as the Gloss to D. 1.1.1.1 explains: (ius est) ars*: id est artificium, nam author iuris est homo, iustitiae deus, et quod subiicit, id est eius aequum et utile* – art: that is artifice, for the maker of law is man, but of justice, God, and it follows that law is equitable and useful for him.

Abstract

The paper discusses the postulated usefulness or otherwise of some Roman legal concepts today. It critically reappraises recent scholarly proposals that the Roman law of marriage serves as a model for modern regulation. Special attention is paid to the interpretation of D. 1.1.1.3 (Ulpian), and in particular to the meaning of the concept of ius naturale in this fragment, and its decidedly non-normative function.

54 *HCJ 143/62 Funk-Schlesinger v. Minister of Interior*.

A NOTE ON CHAPTER 39 OF MAGNA CARTA

R.C. van Caenegem*

It is not my intention here to discuss the importance of the most famous chapter in the most famous Charter of Liberties, but only to have a close look at the meaning of a single word – *vel* – at the end of the text, on which there is some disagreement among scholars. This controversy goes back a long way. In the seventeenth century the Quakers, already appealing to Magna Carta, became involved in the debate because they were interested in the idea of trial by peers.[1]

The gist of chapter 39 is that no free man should be molested or punished except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. The original Latin text reads as follows: "Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terre."

The traditional opinion is that *vel* in this phrase is disjunctive. Professor JC Holt, who wrote an authoritative book on the Great Charter, translated as follows: "except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land".[2] Professor A Torre, a well-known student of the British constitution and of English legal history, translated similarly as follows: "se non in virtù di un legittimo giudizio di suoi pari o in applicazione della legge del paese".[3] They understood the phrase to mean that no sanction could be inflicted on a free man without either a lawful judgment of his peers or a judgment according to the law of the land.

A dissenting opinion was voiced, however, by the eminent legal historian Professor Walter Ullmann, who argued that here the *vel* is to be understood in a conjunctive sense,

1 Th. A. Green, *Verdict According to Conscience. Perspectives on the English Criminal Trial Jury 1200-1800*, Chicago and London, 1985, p. 129.

2 J.C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, 2nd ed., 1992, p. 461.

3 A. Torre, *Magna Carta [1215]. Texto latino a fronte*, Macerata, 2008 (Il Monitore costituzionale. Collana diretta da Alessandro Torre, 1), p. 23.

* Dr. iur. Dr. h.c. mult., Professor Emeritus, University of Ghent.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 961-964

so that article 39 should be read as meaning that "no free man should be sanctioned except by a legitimate court of peers and by the law of the land".[4]

The question is of some importance since the two interpretations are fundamentally different. In Ullmann's version, there is one procedure in the *judicium parium* (a great feudal principle, to which I shall return later). In Holt's version, there are two procedures, either sentencing by peers or judgment by some other procedure in any court that applies the law of the land.

I would now like to offer some considerations as a modest contribution to the debate, and to dedicate them to Laurens Winkel, an eminent scholar and good friend. The laws of logic provide my first argument because "a lawful judgment according to the law" (Ullmann's reading) amounts to tautology. It is indeed hard to imagine a lawful judgment of peers against the law of the land.

Another argument in favour of the Holt thesis is the understanding of our text in a contemporary translation into Norman French, where *vel* occurs as "*o*", namely "or" and not as "and".[5] It is moreover noteworthy that "the clerk who transcribed the version of the Charter used in the confirmation of 1253 used the word *aut* here".[6]

My third argument belongs to social history, for it is clear that the alternative of judgment by peers or judgment according to the law of the land relates to two different social classes. If the lawful *judicium parium* is distinct from the law of the land, according to what law do the peers pronounce their lawful judgment? There is little doubt that it is the feudal law of the barons and knights, as opposed to the law of ordinary folk. Feudal law is the body of customs regulating fiefs and homage, inheritance and *relevium*, primogeniture, knight service, various "feudal incidents", *auxiulium et consilium*, loyalty to the overlord and treason (felony being to this day the most heinous crime).[7] Judgment by peers was a venerable part of this body of law. A vassal appearing in his lord's court was not judged by the lord himself but by his peers, namely his fellow vassals. The court in which this *judicium parium* was pronounced would be the *curia regis* for the tenants-in-chief, or some baronial court for the enfeoffed tenants (*vavassores*) down the feudal pyramid.

Chapter 21 of Magna Carta itself laid down that earls and barons were not to be amerced except by their peers and then only in accordance with the nature of the offence:

4 W. Ullmann, *A History of Political Thought The Middle Ages*, Harmondsworth, 1965, p. 150. His rendering of *judicium* as a court is surprising for, as Holt, *op. cit.*, p. 328, n. 154 points out, in the English legal records of the period *judicium* meant judgment, and a court was called *curia*.

5 The full text is given in J.C. Holt, *Magna Carta and Medieval Government*, London and Ronceverte, 1985, pp. 249-257. Ch. 39 is on p. 253, where the relevant phrase is as follows: "fors par leal jugement de ses pers, o par la lei de la terre."

6 Holt, *loc. cit.*

7 The classic work is F.M. Stenton, *The First Century of English Feudalism*, Oxford, 2nd ed., 1961. More recently: S.F.C. Milsom, *The Legal Framework of English Feudalism*, Cambridge, 1976; T.N. Bisson, *The Crisis of the Twelfth Century*, Princeton, 2008 (contains a good deal on English feudalism); G. Garnett, *Conquered England Kingship, Succession and Tenure, 1066-1166,* Oxford, 2007; J. Hudson, *Land, Law, and Lordship in Anglo-Norman England*, Oxford, 1994; J. Hudson, *The Formation of the English Common Law Law and Society in England from the Norman Conquest to Magna Carta*, London, 1996.

"Lawful judgment by peers, as Professor Holt points out, was an antique remedy … which had gone so awry in the years before 1215".[8]

The alternative was the law of the land, the body of ancient customs, sometimes going back to the Old English dooms and recorded in such law books as the *Leges Henrici Primi*[9] or in borough charters,[10] or developed and fixed in the case law of the hallmoot, namely the manorial court, or the borough court or court leet or husting, or in the hundred or county court.

Chapter 39 says nothing about jury trial and has nothing to do with it. There is, nevertheless, a tenacious belief that the famous English jury goes back to Magna Carta. This once widespread misapprehension, accepted even by the United States Supreme Court in *United States v Booker* in 2005, was based on the *judicium parium* of our chapter 39, but it has rightly been abandoned by the historical profession as an unwarranted *Hineininterpretation*.[11]

The feudalism that produced Magna Carta was part of a vast European experience. It is therefore natural to look for continental parallels to chapter 39.

Some information could, for example, be provided by neighbouring Flanders, where Galbert of Bruges, a notary in the count's administration, was a keen observer of what went on in the law courts. He wrote an account of the dramatic events following the murder of the childless Count Charles the Good in 1127, who was succeeded by William Clito, a son of Duke Robert Curthose of Normandy and supported by the king of France, the suzerain of the county of Flanders.[12] During the months following his accession the young count, as reported by Galbert (c 87), decided to punish the murderers and their accomplices, who were indicted by grand juries. A distinction was drawn between those belonging to the feudal class, namely the vassals of the late Count Charles, who were outlawed, and the other folk who were to be sentenced by the *scabini* of the land, as they had requested.[13]

Similarly but even more clearly expressed, we find the contrast between the barons and knights on the one hand, and the ordinary free men on the other in Galbert's c 102, where we read that in March 1128 William Clito's rival, Thierry of Alsace, was elected

8 Holt, *op. cit.*, p. 330.

9 L.J. Downer (ed.), *Leges Henrici Primi*, Oxford, 1972 (with translation and commentary).

10 A. Ballard (ed.), *British Borough Charters, 1042-1216*, Cambridge, 1913; M. Bates (ed.), *Borough Customs*, 2 vols., 1904-1906 (Selden Society vols. 18, 21).

11 See, most recently, J.H. Langbein, R.L. Lerner and B. Smith, *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*, Austin etc., 2009, p. 125.

12 There are two modern editions of Galbert's work. One is H. Pirenne (ed.), *Histoire du meurtre de Charles le Bon comte de Flandre par Galbert de Bruges*, Paris, 1891. The other is J. Rider (ed.), *Galbertus Notarius Brugensis. De multro, traditione, et occisione Gloriosi Karoli comitis Flandriarum*, Turnhout, 1994 (Corpus Christianorum. Continuatio Mediaeualis, LXXXI). Pirenne's edition had its merits, but was recently criticized by J. Rider, *Henri Pirenne at work Editing Galbert of Bruges*, in *Essays in Memory of Bryce Lyon,* Kalamazoo, 2012, pp. 51-74.

13 The *scabini* of the land were the judges in the courts of the castellanies or the towns. See the commentary in R.C. Van Caenegem, *Galbert of Bruges on serfdom, prosecution of crime and constitutionalism (1127-28)*, in B.S. Bachrach et al. (eds.), *Law, Custom and the Social Fabric in Medieval Europe. Essays in Honor of Bryce Lyon,* Kalamazoo, 1990, pp. 101-102.

Count of Flanders by an important section of the Flemish people. It was then ordained that all those who had been outlawed in 1127 might return to Thierry's court and demonstrate their innocence (*excusationem facerent*) according to the judgment of the barons or feudatories if they were knights and had belonged to the count's court, or otherwise they might prove their innocence (*sese purgarent*) before the *scabini* of the land.[14] And in May 1128, Galbert tells us (c 110) that almost all those who had been banned as accomplices in the betrayal of Count Charles returned and requested that anyone who was challenged on account of this treachery would answer either in the count's court, if he was a knight, or before the *scabini* or judges of the land, if he was of inferior status (*inferioris conditionis*).[15]

Thus, somewhat paradoxically, Flemish events of 1127 and 1128 throw light on an English Charter of 1215.

Abstract

Scholars disagree about the meaning of c 39 of Magna Carta (1215). Some read that no freeman shall be punished "except by the lawful judgment of his peers *or* by the law of the land", but others "except by the lawful judgment of his peers *and* by the law of the land". The present author believes the former version to be correct on the strength of legal and linguistic arguments. He also refers to comparable situations on the Continent that support his conclusion.

14 Professor Holt (*op. cit.*, p. 278) mentions some other continental parallels, such as the Golden Bull of Hungary of 1222 which laid down that "no noble was to be taken or destroyed … unless he had first been summoned and convicted by judicial process" and the Sicilian Concession of 1283, which provided for judgment by peers for "counts, barons and holders of fiefs".

15 One is reminded of the medieval French rule that stipulates "Si les vilains sont soumis à la loi de la terre, les nobles revendiquent le bénéfice d'un droit propre" (quoted in P. Ourliac and J.-L. Gazzaniga, *Histoire du droit privé français de l'an mil au code civil*, Paris, 1985, p. 68).

A RULE MUST ARISE FROM THE LAW AS IT IS – AND IT IS NOT CAST IN STONE

Rena van den Bergh* **

1. Introduction

In Roman law, a rule had to arise from the law as it was, but as time went by and circumstances changed, the rule was often changed so that it reflected the new conditions. This article examines two of the original requirements for the contract of mandate, and the reasons why and manner in which they changed. Initially, mandate was a gratuitous contract and the mandatory was only liable for *dolus*. This was quite understandable, since the mandatory was not paid for his services. However, in time things changed and it became accepted practice to pay an honorarium to the mandatory. This led to stricter liability for the mandatory, because it was extended to *culpa levis*. Brief mention will also be made of the effect of the concept of *aequitas* on these requirements and the changes that were gradually introduced.

2. *Regulae iuris*

According to Stein, Roman law was not a fixed body of rules, but rather "rules" that were "recognised or found" to be appropriate in a specific case.[1] Law was therefore not created but "discovered", which would imply that enacted law in Rome began as "recorded customary law".[2]

1 P Stein *Regulae Iuris. From Juristic Rules to Legal Maxims* (Edinburgh, 1966) at 4.

2 *Idem* at 5-7.

* Professor, Department of Jurisprudence, School of Law, University of South Africa. This article is based on research supported by the National Research Foundation (NRF) of South Africa. All opinions, findings and conclusions or recommendations expressed in this publication are those of the author, and I acknowledge that the NRF accepts no liability whatsoever in this regard. I would, furthermore, like to thank Professor Lesbury van Zyl for her beautiful editing.

** This article is dedicated to my dear friend Laurens, a *vir bonus*, known for his learning, kindness, integrity and humility.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 965-972

The term *regula* was used to describe some definitions that were considered to be of general application.[3] Note that that a *regula* (rule) did not create law but arose from existing law;[4] it merely reflected the existing legal order.[5] A *regula* could consequently be accepted without hesitation as an accurate description of both the *ius civile* and the practice of the praetor at any specific time.[6]

3. The contract of mandate

3.1 Mandate: What, why and how?

Mandate as a social institution existed for some time before it was recognised as a separate contract quite early in Rome's history.[7] In the ancient world, social life was based on friendly relationships, and especially on *fides*, which embraced concepts such as faithfulness, trustworthiness and trust.[8] Mandate was one of the four consensual contracts recognised by the civil law.[9] This was probably because mandates were quite common and were of economic significance. In time, the economic importance of this contract increased dramatically and it eventually played a major part in commercial life.

Gaius describes *mandatum* as a contract in which one party (*mandatarius*) promised to gratuitously carry out the order of another party (*mandator*).[10] It was a *bona fide negotium* and both parties had to act in good faith. The mandatory, gaining no benefit

3 See D 50 17 1, *Paulus libro sexto decimo ad Plautium*: "Regula est, quae rem quae est breviter enarrat" ("A rule is something which briefly describes how a thing is"). All texts from the Corpus iuris civilis are taken from *The Digest of Justinian* (Mommsen, Krueger & Watson edition). *Cf* Stein (n 1) at 72-73.

4 D 50 17 1, *Paulus libro sexto decimo ad Plautium*. See *sv* "*regula*" A Berger *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1991) at 672.

5 See Berger (n 4) at 672. Legal maxims coined in early law were at times criticised by the classical jurists because they were no longer applicable to the economic relations and daily lives of later times.

6 Stein (n 1) at 93.

7 A Watson *Contract of Mandate in Roman Law* (Oxford, 1961) at 1. See, also, F Schulz *Classical Roman Law* (Oxford, 1951) at 555-556.

8 D Nörr "Reflections on faith, friendship, mandate" (1990-1992) xxv-xxvii *The Irish Jurist* 302-310 at 302, 304-305.

9 Sale, hire, partnership and mandate. See Gaius 3 135; D 17 1 1*pr*, *Paulus, libro trigensimo secundo ad edictum*. Further, J Declareuil *Rome the Law-Giver* (London, 1927) at 222-223. According to A Watson "Roman law" in M Grant & R Kitzinger (eds) *Civilization of the Ancient Mediterranean. Greece and Rome* vol 1 (New York, 1988) 607-629 at 625, the contract came into existence at some time in the second century BC.

10 G 3 155ff; Inst 3 26; D 17 1 1 1-2, *Paulus, libro trigensimo secundo ad edictum*; D 44 7 52 10, *Modestinus libro secundo regularum*. See, also, HJ Roby *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines* vol 2 (Cambridge, 1902) at 116. Further, Schulz (n 7) at 554; Watson (n 7) at 78; WW Buckland *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* (Cambridge, 1963) at 514; P du Plessis *Borkowski's Textbook on Roman Law* 4 ed (Oxford, 2010) at 280; R Sohm *A Textbook of the History and System of Roman Private Law* 3 ed (tr JC Ledlie) (Oxford, 1935) at 407; HF Jolowicz & B Nicholas *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 3 ed (Cambridge, 1972) at 297.

from the contract, was expected to display *omnis diligentia*.[11] He became the mandator's agent and it was he himself, not the mandator, who was bound by his actions. If the mandatory undertook to enter into a contract with a third party, any resulting contract was between himself and the third party. Thus the mandatory did not represent the mandator.[12] A person could also be given a mandate to do something in a case where no third party was involved.[13] The mandator was granted an *actio mandati* to sue for proper execution of the mandate, whilst the mandatory was granted an *actio mandati contraria* for expenses incurred or losses suffered.[14]

Mandatum was one of the moral duties that Romans, and later *peregrini* too, were expected to fulfil for the sake of their fellow human beings.[15] At first, it was merely a service performed for a friend, usually an equal, but gradually it started playing an important role in many branches of the law.[16] The most important reason for the existence of this contract was the idea of public duty (friendship). The obligations flowing from the mandate were based on *fides*, which was not limited to Roman citizens, but also extended to *peregrini*.

Why was it recognised as a contract by the republican lawyers? A mandate to do something for the mandator without reward initially lay outside the sphere of the law, since the parties usually did not wish to bind themselves legally.[17] However, in Rome, particularly in higher social echelons, certain customs and rules prevailed that validated this contract. Friendship (*amicitia*) gave rise to serious and substantial duties (*amicitiae officia*), because Roman friends expected much of each other.[18] An *officium* may be defined as a moral duty originating in a family relationship or friendship. A person who accepted a commission from a friend did not expect or demand remuneration since he

11 See D 17 1 1 4, *Paulus, libro trigensimo secundo ad edictum*: "nam originem ex officio atque amicitia trahit" ("The reason is that its origins are in duty and friendship").

12 See D 50 17 123, *Ulpianus libro quarto decimo as edictum*: "Nemo alieno nomine lege agere potest" ("No one can legally act on behalf of another").

13 See, eg, G 3 162.

14 D 17 1 31, *Julianus libro quarto decimo digestorum.* See, also, JA Crook *Law and Life of Rome* (London, 1967) at 237.

15 M Kaser & R Knütel *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch* 19 ed (München, 2008) at 252. See, also, D Konstan *Friendship in the Classical World* (Cambridge, 1997) at 130. Konstan states that Cicero (*Pro Roscio Amerino* 111) regards friendship and good faith as of great importance in human relationships: "In matters to which we cannot ourselves attend, the delegated trust (*fides*) of friends is substituted for our own labours … ." Cicero then continues: "For we are not able to do all things by ourselves: one is more useful in business, another in something else. Hence, friendships are acquired, so that a common advantage (*commodum*) may be driven by mutual services."

16 For example, all the following were normally mandatories: the intermediaries in adoption, emancipation and *coemptio fiduciae causa*; the *libera persona* through whom property could be acquired; and sureties, *cognitores* and procurators in litigation.

17 Schulz (n 7) at 555.

18 Whilst Cicero was in exile, his family in Rome suffered financial difficulties. He then wrote to his wife (*ad Fam* 14 1 5), saying that "si erunt in officio amici, pecunia non deerit" (if our friends remain loyal, money will be forthcoming).

regarded it as his public duty and an important business transaction.[19] Thus mandate developed into a legal institution based on *bona fides*.

3.2 The mandate must be gratuitous

Mandate as a contract probably originated in the person of the procurator. He was usually a freedman who, in terms of *officia* owed to his *patronus*, received a mandate from his *patronus* to do something, which would promote the interests of the *patronus*.[20] Later, however, it became an accepted social custom to ask a friend to perform a particular commission.[21] Since it formed part of *officium*, with one friend morally obliged to do what the other asked him to, it was initially gratuitous.[22]

Because of the importance of the custom of *amicitiae officia*, a Roman mandatory willingly undertook to perform a gratuitous service for his mandator.[23] It followed that he would only be held liable for *dolus.* He was also aware of the fact that the relationship between the parties was based on friendship and trust and he would be punished severely if he did not discharge his obligations. He would be found guilty of not performing as he should have, and would be punished by *infamia* (or *ignominia*).[24] The members of the higher classes of early Rome, who valued their reputation (*existimatio*) and worthiness (*dignitas*) dearly, feared losing these. The stigma attached to *infamia* formed part of legal and social sanctions for a long time.[25] The Romans regarded *fides* as one of the basic principles of life,[26] and it was an aspect of *constantia*, which they regarded highly. Faithlessness was therefore considered to be a stain on a person's character.[27]

19 Schulz (n 7) at 555-556.

20 See AM Duff *Freedmen in the Early Roman Empire* (Cambridge, 1948) at 41.

21 Crook (n 14) at 238. On reading Cicero, however, one finds many vague mandates, such as one to Atticus to see to his affairs in his absence (*ad Att* 16 2 2: "Sed amabo te, mi Attice (videsne, quam blande?), omnia nostra, quoad eris Romae, ita gerito, regito, gubernato, ut nihil a me expectes"), or to Tiro to make payments and collect moneys that were due (*ad Fam* 16 24 1: "Mihi prora et puppis, ut Graecorum proverbium est, fuit a me tui dimittendi, ut rationes nostras explicares"). In addition there are some very precise ones: Cicero commissioned Vettienus to act on his behalf in the purchase of a country lodge for himself (*ad Att* 10 5 3). Pliny's letters also contain mandates, such as the one to an architect about rebuilding a small temple on one of his estates (Pliny *Epistulae* 9 39).

22 See D 17 1 1 4, *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum.* Crook (n 14) at 237. People who most often appeared as mandatories in the Digest title dealing with mandate are sureties and procurators.

23 Buckland (n 10) at 516.

24 See G 4 182: "Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, ueluti ... mandati ... " ("In some actions, such as on mandate, ... a defendant who is condemned becomes infamous"); D 3 2 1, *Julianus libro primo ad edictum*: "Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur ... : qui pro ... mandati ... damnatus erit'" ("The praetor's words are: 'the following incur *infamia*: ... one who has been condemned in his own name ... in the case of ... mandate'"). *Cf* Schulz (n 7) at 555; Crook (n 14) at 83; Watson (n 7) at 17. See, also, Du Plessis (n 10) at 281-282 where he states that this severe rule derived from early law in terms of which a mandatory could be given the punishment of *infamia* only if he had acted with *dolus*.

25 Cicero *De Officiis* 3 17.

26 F Schulz *Principles of Roman Law* (tr M Wolff) (Oxford, 1936) at 223ff. See, also, Cicero *De Officiis* 1 7 23: "Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas" ("The foundation, moreover, is good faith – that is, truth and fidelity to promises and agreements").

27 Cicero *In Verrem* 2 3 3 6: "fidem sanctissimam in vita qui putat". Schulz (n 26) at 224.

Paul stated that a mandate had to be gratuitous since it had its origins in duty and friendship, and payment for services would be incompatible with the duty.[28] According to the moral code of the Romans, the mandatory therefore delivered the service free of charge.[29] The mandatory prided himself on executing his public duties and did not expect any compensation. This was quite acceptable in the light of Roman customs of that time.[30] However, it had gradually become an accepted practice to pay the mandatory a fee (honorarium or *salarium*) for his unselfish services, which had by then evolved into professional services. *Operae liberales* were services rendered by persons exercising a profession worthy of a free man (*liber*): primarily intellectuals such as lawyers, physicians and architects.[31] The remuneration of "professional services" was a controversial issue in Roman law. Certain "professions" enjoyed a special status; their advice was supposed to be free and they were not allowed to sue for a reward.[32] Initially advocates, for example, acted not for personal gain, but through moral duty and as generous and altruistic friends, and the mandator was free to show his gratitude by way of a gift or honorarium. Under the Principate, therefore, an honorarium was a gift paid to persons exercising liberal professions.[33] It indicated compensation for higher, intellectual services. As from the time of the early Empire, the payment of an honorarium could be enforced through extraordinary proceedings (*cognitio extra ordinem*). This was not considered to be against the spirit of mandate since, as time went by, Romans of the higher classes practising the *artes liberales* came to be considered as professionals in certain specialised fields, who were entitled to some form of payment for their expert services.[34] The size of this honorarium was dependent upon the particular profession and expertise of the mandatory. Thus, theoretically, the mandate remained gratuitous: payment could not be sought through a normal action, but the mandatory nevertheless was rewarded for his services. In this way, the idea that there should be payment for "professional" services gradually gained recognition.

3.3 The liability of the mandatory

Initially, the mandatory was only liable for *dolus*: since he rendered services gratuitously, a low degree of liability was regarded as adequate.[35] In later classical law, however, he

28 D 17 1 1 4, *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum* (see *supra* (n 11)).

29 D 17 1 1 4, *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*; G 3 162; Inst 3 26 13. See, also, G Mousourakis *Fundamentals of Roman Private Law* (Berlin, 2012) at 237.

30 See Crook (n 14) at 239-240 where he discusses the "social reality of the principle of gratuitous services" during the period under discussion.

31 Also known as "*artes liberales*". See *sv* "*operae liberales*" in Berger (n 4) at 609.

32 Crook (n 14) at 203-204.

33 See *sv* "*honorarium*" in Berger (n 4) at 488.

34 See D 17 1 6*pr*, *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*; D 17 1 7, *Papinianus liber tertio responsorum*. See, also, Mousourakis (n 29) at 237-238.

35 See D 17 1 8 10, *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*: "sed et si dolo emere neglexisti … aut si lata culpa … teneberis" ("Indeed, you will be liable, if you have neglected to make the purchase as a result of bad faith … or …through gross negligence"); D 17 1 10*pr*, *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*; D 17 1 29*pr*, *Ulpianus libro septimo disputationum.* See Buckland (n 10) at 516. *Cf*, however, R Zimmermann *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, 1996) at 426-427; Mousourakis (n 29) at 238-239.

was held liable for *culpa levis*[36] and no longer liable only for positive damage, but also for damage resulting from neglecting to perform.[37] This change was probably because the mandate was then only nominally gratuitous; because of strong social pressure, the mandatory had been receiving an honorarium for some time. It follows that the mandatory, now being paid for his services, was subject to a stricter degree of liability. This was generally regarded as acceptable and "fair" by both parties: the mandator received expert services for which he rewarded the mandatory, who was quite willing to incur a stricter form of liability in exchange for an honorarium.

4. *Aequitas*

Aequitas is closely related to justice (*iustitia*, *iustum*).[38] It is a basic principle that guides the development of the law in order to create *ius aequum* (fair or equitable law). *Aequitas* is present in all human societies and is based on their customs as well as their social and ethical concepts, which could develop into law through custom or through legislation. It played an important role in the development of Roman law: as outdated legal norms became inappropriate in changed social and economic circumstances, the jurists applied this principle, thus influencing many legal decisions after the end of the Republic.[39] The old *ius civile* was corrected by the non-application of antiquated rules, many of which were no longer fair and just, and thus it gradually became less strict. In this way, the law was adapted – without the necessity of new legislation – to meet the requirements of the developing economy and of a refined legal instinct orientated towards the principles of good faith (*bona fides*) and equity (*aequitas*).[40]

Decisions and changes seem to have depended to a large extent on the social and ethical standards of behaviour of the time.[41] These standards were discernible in rules

36 See D 17 1 10 1, *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*; D 17 1 29*pr*, *Ulpianus libro septimo disputationum*; D 50 17 23, *Ulpianus libro uicensimo nono ad Sabinum*: "contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam ... dolum et culpam mandatum ..." ("Some contracts only involve bad faith, some also culpability ... mandate ... involve(s) bad faith and culpability"). See, further, Zimmermann (n 35) at 426ff.

37 See D 17 1 5 1, *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*; D 17 1 8 10, *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*; D 17 12 10, *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*. *Cf* Buckland (n 10) at 516.

38 See *sv* "*Aequitas*" in Berger (n 4) at 355. *Aequitas* may be defined as "[j]ust or equitable conduct toward others, justice, equity, fairness … (governed by benevolence), while *justitia* yields to another only what is strictly due". See, also, *sv* "*aequitas*" in CT Lewis & C Short *A Latin Dictionary* (Oxford, 1966) at 57.

39 Legal maxims which are closely linked to it are, for example, "aequitas sequitur legem" (equity follows the law); "aequitas praefertur rigori" (equity is preferred to inflexibility); and "jus respicit aequitatem" (the law considers equity). Other expressions relevant to this theme are "bonum et aequum" (good and fair) which also appears in Celsus's definition of the law mentioned above; "aequum et bonum est lex legume" (that which is fair and good is the highest law); and "ex aequo et bono" (in accordance with fairness and goodness).

40 W Kunkel *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History* 2 ed (tr JM Kelly) (Oxford, 1975) at 91.

41 G Mousourakis (n 29) at 30.

emphasising the importance of being fair and honest in commercial dealings. Note that mandate was not a commercial contract, but was only employed in the commercial sphere: it was strictly a contract between friends or relatives.

Aequitas had two meanings in relation to the positive law, namely, it was firstly considered the essence and basic justification of existing legal norms; and, secondly, it was deemed to be an objective ideal that the law strove to realise. Thus new legal norms were created and others modified in order to make them conform to society's sense of justice. Whilst legal rules had to be general, the circumstances of every case differed, so that it was not possible for rules to make provision for all the possibilities that could arise in a specific situation. Laws had positive force and were not always just and fair. For that reason, the law had sometimes to be supplemented by equity. This resulted in decisions which, although probably in conflict with formally recognised law, were just and fair.[42] For that reason, a rule stayed in a pre-legal sphere until such time as it was declared a positive norm. The idea that equity constituted the standard of the norms of positive law seems to have inspired Cicero's definition of the *ius civile* as "the equity constituted for those who belong to the same state so that each may secure his own",[43] and Celsus' famous statement that "the *ius* is the art of promoting that which is good and equitable".[44] These rules, characterised by principles of fairness and justice, which became laws, therefore corrected what was unfair in the *ius civile.* The new legal norms then complied with the needs of a society that was constantly changing.[45]

5. Conclusion

From the above it follows that *aequitas* was relevant to most of the issues discussed in this article. The contract of *mandatum* was based on *bona fides*, and contributed to the maintenance of good relations between friends. The simple rule that a mandate had to be performed gratuitously created an equitable relationship between the mandator and the mandatory when they entered into the contract. The mandator was fully entitled to ask a friend to do something for him without mentioning a fee. The mandatory, by performing the mandate, only did something in the interests of his friend, thus performing a public duty that Roman friends expected of each other.

However, Roman lifestyles changed and society became more complicated. It was eventually accepted that highborn Romans could belong to certain professions, and these professionals delivered expert services, often to friends. It was soon realised that it was unfair that professional services not be rewarded. Gradually the custom developed of giving an honorarium to a mandatory who had executed his mandate satisfactorily.

This obviously introduced important changes to the contract of mandate, which constituted a significant move away from the accepted rule as defined by Paul, in terms of which the contract had to be performed gratuitously. As was to be expected, this led to

42 *Ibid.*

43 *Topica* 2 9.

44 D 1 1 1*pr*, *Ulpianus libro primo institutionum.*

45 Crook (n 14) at 2 opines that *aequitas*, amongst other concepts, constituted part of the learning and training Romans of the higher classes received.

another change, namely that the mandatory was no longer liable only for *dolus*, but also for *culpa levis*. This was understandable: once the mandatory was remunerated for his services (eg, by means of an honorarium) it was acceptable that he be subject to a stricter form of liability. Again, we find that *aequitas* introduced an equitable change: it was only fair that a mandatory who received an honorarium was subject to a stricter form of liability. This, too, was an effect of the concept of *aequitas* gradually making the existing law more just and fair.

Abstract

In this article, two of the original requirements for a contract of mandate are discussed, namely that it be gratuitous and that the mandatory was only liable for *dolus*. The requirement that it had to be gratuitous was a rule that was generally applicable in practice and later accepted as law. Indeed, the mandatory initially performed the mandate gratuitously, but mandates gradually came to be performed by professional people who were often given an honorarium or some other form of payment for the services they had rendered. It was considered a matter of *aequitas* that professionals, learned and experienced men, could not deliver such services without reward. This naturally influenced the mandatory's liability: at a time when he was not paid, he was only liable for *dolus*. However, once the mandatory started being remunerated, it was considered only fair that his liability should increase, and he was then also held liable for *culpa levis*. This was considered to be justifiable in the light of the concept of *aequitas*, which was not only a philosophical conviction, but a real legal principle that had a positive influence on Roman law. From the above it follows that the rules discussed in this article arose from the law as it was, and that it was the influence of *aequitas* that caused it to change with the times so as to remain just and fair.

LEX PRINCEPS LEGIBUS SOLUTUS *ABROGATA*

Gustaaf van Nifterik*

1. An abrogated law giving birth to a Republic

When someone retires or is given emeritus status, it may be comforting to recall that even the Roman *leges* collected in Justinian's *Corpus iuris civilis* reached their time of retirement. It may be even more comforting to recall that many of these *leges* still live on in one way or another in modern legal systems. In my opinion this can also be said of Ulpian's famous adage that the "prince" is not bound by the laws, *princeps legibus solutus est* (D. 1,3,31), albeit in a form in which the "prince" is disarmed by ministerial responsibility. This adage was my entry into legal history, as it played a key role in my doctoral thesis, supervised in such a fatherly way by Laurens Winkel. I here return to this adage, dedicating this short contribution to my "Doktorvater".[1]

It is well known that Ulpian's abovementioned saying, in the context given to it in Justinian's Digest (D. 1,3: *De legibus, senatusconsultis, et longa consuetudine*) has had an enormous influence on Western constitutional thinking.[2] I shall show here that at least one Dutch jurist of the seventeenth century thought that this *lex* also played a decisive (ideological) role in the birth of what came to be known as the Dutch Republic, precisely because it was not part of the law of Holland or any other Dutch province.

The said jurist was Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652), who studied law in Leiden, was an advocate in The Hague and, after 1645, secretary of the town of Delft.[3] His main work is the *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia*

1 Anne Leiss helped me draft this text in honour of Laurens Winkel.

2 The literature on Western constitutional thought is of course abundant. Dealing most directly with the adage *princeps legibus solutus* is of course, first of all, the study by Dieter Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin 1979. Second in line seems to be Kenneth Pennington, *The Prince and the Law 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkely/Los Angeles/Oxford 1993.

3 R. Feenstra, "Groenewegen (van der Made), Simon van (1613-1652)", in: Michael Stolleis (ed.), *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, München 1995, p. 255.

* Assistant Professor, Department of Jurisprudence, Faculty of Law, University of Amsterdam; Paul Scholten Centre, University of Amsterdam.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 973-981

vicinisque regionibus (first edition 1649)[4] which indicated the fragments from the *Corpus iuris* that were no longer in use in legal practice in Holland and its neighboring provinces.[5] Let us turn to this treatise and the status of *lex* D. 1,3,31 in the seventeenth-century law of Holland and see how it contributed to the birth of the Dutch Republic.

2. Groenewegen on the *lex princeps*

In his chapter on D. 1,3, Groenewegen needs only three sections to exclude D. 1,3,31 from the law of Holland and to say something more about it. In the first section he points out that the counts of Holland always bound themselves by oath to the States to keep the laws and customs of the fatherland; in the second section he concludes that they thus were not *legibus soluti*, and in the third section he points out that disregard for this constitutional fact brought to an end the reign of King Philip II in Holland. As regards the content of the *lex*, Groenewegen directs his readers to Hugo Grotius' work on the law of war and peace and to Paulus Christinaeus' law reports. I start with the latter.

Paulus Christinaeus (Paul van Christynen, 1553-1631) was an advocate at the Great Council of Mechelen (Malines), and legal counsel (*pensionarius*) of that town. His *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* (the short title being *Decisiones*, *editio princeps* Antwerpen 1626), written after his retirement in 1622, is a collection of articles based on rather varied sources, some being court reports, others general references. This book is reckoned "one of the most important works of the old Belgian jurists".[6]

Groenewegen refers to *Decisio IX* in the first volume (dealing for the most part with judicial precedent, the organisation of the Court, its jurisdiction and procedural law) of

4 Laurens Winkel himself once wrote "Some Remarks on Groenewegen's *De legibus abrogatis* and the Reception of the Roman Law of Sale" in: Rena van den Bergh (ed.), *Summa Eloquentia. Essays in Honour of Margaret Hewett. Fundamina Editio Specialis*, (2002) 8, pp. 271-275 in which he points out (at p. 271) that Groenewegen's treatise was modelled on some French examples by Bernardus Autumnus and Philibertus Bugnonius; I have consulted Bugnonius and have not found D. 1,3,31 among the abrogated *leges* in (the index of) his *Legum abrogatarum et inusitatarum in omnibus curiis, terris, jurisdictionibus, & dominiis regni Franciæ tractatus* (1605).

5 Even today the treatise is of importance to Roman-Dutch law; see, also, the English translation of the book, namely B.Z. Beinart and M.L. Hewett, *A Treatise on the Laws Abrogated and no Longer in Use in Holland and Neighbouring Regions by Simon à Groenewegen van der Made*, I-IV, Johannesburg 1974-1987. In my English paraphrases of Groenewegen's texts I have made use of this edition.

6 Alain Wijffels, "Legal Record and Reports in the Great Council of Malines (15th to 18th Centuries)", in: J.H. Baker (ed.), *Judicial Reports, Law Reports, and the Growth of Case Law*, [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History/Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte, bd. 5], Berlin 1989, pp. 181-206 at p. 193. For a description of the reports as not homogeneous, see idem, "*Orbis exiguus.* Foreign Legal Authorities in Paulus Christanaeus's Law Reports", in: S. Dauchy, W. H. Bryson and M.C. Mirow (eds.), *Ratio Decidendi. Guiding Principles of Judicial Decisions*, [Comparative Studies in Continental and Ango-American History/Vergleichende Untersuchungen zur kontinentaleuropäischen und anglo-amerikanischen Rechtsgeschichte, bd. 25/2], vol. 2: *Foreign' Law*, Berlin 2010, pp. 37-62 at p. 43 n. 15; I thank the author for sending me a copy of the text.

the *Decisiones*, in which Christinaeus discusses whether the "senatores"[7] have to judge according to the laws and constitutions (*secundum leges & constitutiones*), and whether the *princeps* is subject to the laws and constitutions, and if so, in what way.

Christinaeus answers the first question in the affirmative, relying on the view of the law as expounded by Cicero, that is, the law as the distinguishing factor between things just and unjust, made in agreement with that primal and most ancient of all things, nature, after which the human laws are framed (*De legibus* II(v).13: *ergo est lex iustorum iniustorum disctinctio ad illam antiquissimam et rerum omnium principem expressa naturam, ad quam leges hominum diriguntur*).[8] Christinaeus adds to the words of Cicero: *uti sunt, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, thus linking Cicero's text to the first fragments of the Digest on justice and law, bringing to mind Ulpian's statements in D. 1,1,1 that the law distinguishes between what is fair and unfair, and what is lawful and unlawful (… *aequum ab iniquo seperantes, licitum ab illicito discernentes*) and of course D. 1,1,10 on the basic principles of law: to live honorably, not to harm another person, to render to each his own (*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*).

Christinaeus also includes a reference to Plato (*Gorgias*, 484b, quoted in Latin: *legem esse Reginam omnium mortalium & immortalium*), a reference that surprises at first sight, as Plato attributes this saying (originally by Pindar) to Callicles, a student of the sophist Gorgias, who in a discussion with Socrates explicitly differentiates (human) law from nature and tries to show among other things that natural superiority is often wrongly labeled an injustice by human laws. The reference therefore seems out of place in this context, but Christinaeus possibly meant to direct his readers to the discussion on this saying in 488b *et seq*. That discussion led to no clear outcome, however, since, as Socrates tells Callicles, the latter keeps on changing the subject. Still, one aspect of the discussion that Christinaeus possibly had in mind when he directed his readers to it is that Socrates rejects the discrepancy between the law and nature (489a and b); another is that it is for the better, the stronger and the braver to rule and be his own subject at the same time, and thus to show temperance, self-restraint and control over his pleasure and desires (491d and e).

Christinaeus based this view of the law on Cicero (and Plato), as an alternative to the idea expressed in D. 1,4,1 (another fragment by Ulpian) that whatever has pleased the prince has the force of law (*quod principi placuit legis habet vigorem*). This last approach, says Christinaeus, does not discriminate between just and unjust laws and must therefore be rejected. Christinaeus, like Cicero, believed that for a command to be law it had to be right or just.

Thus Christinaeus' next question, "is the *princeps* bound to the laws?" is halfway to providing its own answer. Before answering it, he briefly examines the various answers that had already been given (probably the main reason why Groenewegen referred to this short exposition).

7 For a definition of *senatus* see *Decisio I*, s. 1: *Cum Senatus sit … multorum iudicum collegium, pro supremo Magistratu ad omnes causas tam civiles quam criminales coniunctim decidendas …* .

8 I have made use of the Loeb edition, Cicero XVI, *De re publica/De legibus*, tr. by C.W. Keyes, (Loeb Classical Library), Cambridge, Mass./London 1988.

Most doctors of law teach that the *princeps* is bound to natural law, but not to his own laws (except for those relating to contract), a view firmly rooted in the *Corpus iuris civilis* and the legal comments on the texts. However, Christinaeus also shows that a contrary opinion may be found in the *Corpus iuris civilis*, or at least may be deduced from the text, in particular from the *lex digna vox* (C. 1,14,4) of the emperors Theodosius and Valentinian. According to this text, the emperor's authority is dependent on the law (*de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas*), a statement that Christinaeus connects with the assumption that the lesser (*minor*, the emperor or *princeps*) is dependent on the greater (*maior*, the law), not vice versa. It may thus be concluded that the prince is bound to the law, at least *ad culpam* even if not *ad poenam*, as is often said.

Another argument against the absolute view on authority, is provided by the maxim that he who has laid down the law for someone else, should apply the same law to himself, with reference to D. 32,23, in which it is said that it is proper for a majesty so great (clearly, the emperor is meant here) to comply with the laws from which he himself seems to be exempt (*decet enim tantae maiestati eas servare leges, quibus ipse solutus esse videtur*). References are further made to "sacer Canon" X 1,2,6 (*quod quisque iuris in alterum statuit ipse debeat uti eo, et sapientis dicat auctoritas: 'Patere legem, quam tu ipse tuleris'*); Cicero, "lib.3. Offic. cap. de Temperantia" (which should be read as *De officiis* I.124, in which Cicero, after discussing the specific duties of the young and the old, turns to those of magistrates, private individuals (citizens) and foreigners; the reference serves to guide us to the duties of magistrates, and inter alia, their duty to uphold the laws, *servare leges*); Cicero, *De legibus* III.2 (the famous saying that the magistrate is a speaking law, the law a silent magistrate: *Magistratus esse legem loquentem, legem autem esse mutum magistratum*); and Plato in book 4 (715d) of his *Laws* (foreseeing the end of the state in which the law does not dominate the magistrates, but the magistrates dominate the law, quoted by Christinaeus in Latin: *interitum video paratum illi civitati, in qua non lex magistratibus, sed magistratus legi dominatur*). Christinaeus also falls back on one of the fruits of legal humanist palingenesis, the view that Ulpian's saying on the *princeps* being *legibus solutus* should be read in its original context, that is, the context of the *lex Julia et Papia* (in full the *lex Julia et Papia Poppaea de maritandis ordinibus*), a law (in fact two laws) intended to encourage and strengthen marriage, introduced in 18 BC by Augustus and complemented and supplemented in AD 9 by the consuls M. Papius Mutilus and Q. Poppaeus Secundus).[9] This opinion was formulated by Jacobus Cujacius (Jacques Cujas, 1522-1590),[10] who is, however, not mentioned here. The opinion is here surprisingly linked to Plutarch *in Vita C. Marij* ("On the life of Caius Marius"), the passage in which Marius was said to have been elected consul for the second time while he was still in Africa fighting the war against Jugurtha, in spite of the law prohibiting a man from being re-elected consul in his absence and before the lapse of a specified time.[11]

9 On this *lex*, see J.E. Spruit, *De lex Iulia et Papia Poppea. Beschouwingen over de bevolkingspolitiek van Augustus*, Deventer 1969. On the original law and the later supplement as a separate law, see pp. 8-9.

10 See his *Observationes et emendationes*, lib. 15, c. 30 (*ad* D. 1,3,31).

11 I consulted the translation by John Dryden, published in *The Internet Classic Archive*, available at *http //classics.mit.edu/Plutarch/c_marius.html* (accessed 30 Aug. 2013).

Optima solutio in the end seems to be the saying of Thomas Aquinas: the prince is under the directive force of the law (*quatenus dirigunt*, the law's *vis directiva*), but not under its coercive force (*quatenus puniunt*, the law's *vis coactiva*).[12] Christinaeus lists some theologians and (other) late scholastics (Caietanus, Sotus, Navarrus, and Covarruvias; Cujacius is also mentioned here) who are of this opinion. He nevertheless warns that this opinion was far from being generally accepted by the canonists, who often held that the prince, being bound to his laws *ex sola aequitate & honestate rationis*, is neither bound *ad poenam* nor *ad culpam*. This last view, so concludes Christinaeus in the overview, is also the opinion often found in the decisions of the "Senatus".

Groenewegen's other reference concerning the content of the *lex princeps legibus solutus* is less obvious, since the *lex* itself is not mentioned in the text. The reference is to chapter 4 of the first book of Hugo Grotius's *De jure belli ac pacis* (I.4),[13] in which he considers whether it is permissible for either private persons or officials to wage war against those under whose authority they are, whether this authority be sovereign or subordinate, *an aut privatis aut publicis personis bellum gerere liceat in eos, quorum imperio sive summo sive minori subsunt* (I.4.1.2). In dealing with this question, Grotius discusses natural and divine law (I.4.1-2), the *lex Hebraea* (I.4.3) and the *lex Evangelica* (I.4.4), all of which point to the conclusion expressed in I.4.7, that resistance cannot rightly be made to those who hold the sovereign power. The reason for this conclusion is that notwithstanding our natural right to resist a wrong, civil society, formed for the sake of public tranquility, has acquired a greater right over us and our possessions (*statim civitati ius quoddam maius in nos & nostra nascitur*); this greater right is necessary to accomplish society's ends (I.4.2.1). In the public sphere obedience and submission to rule (*ordo ... imperandi parendique*) are most important; these are irreconcilable with the right of individuals to offer resistance (I.4.4.5). Possibly the most absolutist interpretation of the adage *princeps legibus solutus* are the words of Sallustius quoted by Grotius at the end of I.4.2.2: *impune quidvis facere, id est regem esse*. However, we shall soon see that for Grotius (as for Groenewegen) this is not the end of the story.

In the 1669 edition of the *De legibus abrogatis*, "revised and augmented in many respects by the author before his death" (and found by Andreas van Hoogenhuysen amongst the possessions of the author's heirs)[14] there are three additional references on the subject of the fragment. The first one is to the absolutist Henning Arnisaeus (ca. 1570-1636) and his *De jure majestatis libri tres* (1610); the next is to the *Tractatus de regimine seculari et ecclasiastico* (1619) in which Theodorus Reinkingk (1590-1664) defended the position of the emperor of the Holy Roman Empire; the third is to the source of much absolutist theory, *De republica libri sex* (*Les six livres de la republique*,

12 *Summa Theologiae* IaIIae, q. 96, art. 5; Wyduckel, *Princeps legibus solutus*, cit., p. 131 (n. 164). According to Aquinas, the prince is bound *propria volutate*.

13 For the English translations I made use of the Kelsey translation, originally published in 1925 in the series "Classics of International Law", available at *http //heinonline.org* (accessed 30 Aug. 2013).

14 This is the edition used by Beinart and Hewett in their translation mentioned above. See also the translators' preface in vol. I.

1576) by Jean Bodin (1530-1596), who in turn built his theory of sovereignty on an age-long tradition of (juridical) speculation about absolute power.[15]

It is as if Groenewegen wants to say: travel east or south if you seek the meaning of *princeps legibus solutus*, but do not look for it in Holland or the Dutch Republic. However, another point that all three references highlight is that the adage should not be understood as granting complete license to tyrannical rulers: even absolute princes are bound by the laws of nature and God.

3. Groenewegen on the *lex princeps* in the law of Holland

So much for the interpretation of the adage *lex princeps legibus solutus est* in Groenewegen's time – let us now take a closer look at the three sections in which Groenewegen discusses the role of the adage in the law of Holland. In the first section, the one in which he lays the foundation for the conclusion in the second section, he points out that the counts of Holland acquired the position of a *princeps* only after they had sworn a solemn oath to the States to keep the laws and customs of the fatherland. The States then in turn promised them governing authority (*imperium*), allegiance and obedience on the understanding that they would rule according to the precepts of the laws. Groenewegen in this and the following section refers to, and follows closely (but not exactly) the words of Grotius in section V.13 of his *Liber de antiquitate reipublicae Batavicae* (1610). *De antiquitate* is a far from impartial booklet on the history of the "Batavian Republic". In it Grotius pleaded on historical grounds for aristocratic republicanism in the Republic, strategically selecting his sources and using all his rhetorical skills.[16] At the very beginning of this book Grotius carefully defined *principatum* as the eminent authority of one person limited by the power of others and by the laws (I.1). This was in glaring contrast to Jean Bodin's definition of Sovereignty in his *Six livres de la république* as "la puissance absoluë et perpetuelle d'une Republique" (I.8), of which the first mark is "la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier ... sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soy" (I.10). This Bodinian absolute rule Grotius calls *regnum*, as against *principatum*, *regnum* being a form of government not traditionally found among the Batavians.

Groenewegen's other reference in section 1 is to the famous historian and jurist Paulus Merula (1558-1607), who in 1587 was admitted as an advocate at the Court of Holland

15 Wyduckel, *Princeps legibus solutus*, cit., pp. 151 ff. See Dagmar Freist, *Absolutismus*, (Kontroversen um die Geschichte), Darmstadt 2008, pp. 13 ff. on the reception of Bodin in the Holy Roman Empire and the "Reichpublizistik". On Arnisaeus' polemics with Bodin, see Horst Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus und Absoluter Staat. Die "Politica" des Henning Arnisaeus (ca. 1575-1636)*, (Veröffentlichungen des Instituts für europäische Geschichte Mainz, Bd. 55, Abt. Universalgeschichte), Wiesbaden 1970, pp. 143-144 and pp. 218 ff. on the reception of Bodin in Germany.

16 So Henk Nellen, *Hugo de Groot. Een leven in strijd om de vrede 1583-1645,* Amsterdam 2007, at pp. 97 f. On the argument, see also the introduction to the edition and translation (in Dutch) that I used: Hugo de Groot, *Liber de antiquitate reipublicae Batavicae* (tr. and introduction by the Collegium Classicum c.n. E.D.E.P.O.L.), Arnhem 1995. Grotius's historiography was clearly politically inspired, as even he himself admitted in 1643; Nellen, *Hugo de Groot*, cit., pp. 98-99.

and who in 1598 was appointed historiographer of the States General.[17] The reference is to his *Synopsis Praxeos Civilis,* a work on civil procedure in Holland, Zeeland and West-Friesland.[18] In chapter I.4.5 Merula turns to the question of the binding force of law before and after promulgation. After answering this question in relation to the populace, in section 5 *et seq*. he turns to the question whether the prince is also bound by the laws. He, too, like Christinaeus, weighs up all the arguments, and makes a most principled statement in section 28: laws are in fact not properly the laws of the prince, but of the people, the prince being above all other individuals, but not above all together. In section 26, similar to what Christinaeus had said on C. 1,14,4: *efficiens potior effecto*.

Groenewegen's reference, however, is not to these sections, but to section 22, in which the prince's obligation is stated to be to uphold and sustain the laws that he has promulgated, for the simple reason that if the laws are good (just, "goet") there is no reason why the prince should not consider himself bound by them, whereas if they are bad (unjust, "quaet") no one should be forced to comply with them. To sustain his main argument, Merula mentions the *constitutio universorum ordinum* of 26 July 1581 (seemingly erroneously dated "Anni 1581. Iulij 96"), the Act of Abjuration (on which more below) in terms of which the States General repudiated King Philip II.

As indicated, in the second section Groenewegen answers the question posed in the first one: *ideoque iis nunquam feurunt soluti*. Since the counts of Holland never possessed more authority than was permitted by the conditions laid down in the first section, it is clear that they were neither *legibus solutus*, nor ever had the authority to exempt themselves from those laws. Once again, the reference is to Grotius. We have seen that he debated whether the people have a right to wage war against their superiors, and came to the conclusion in *De jure belli ac pacis* I.4.7 that they do not. However, Grotius then cites several exceptions to this general rule. The first he mentions (I.4.8), is the one to which Groenewegen refers: if rulers who are responsible to the people (in Grotius' words: *sub populo*) transgress against the laws and the state, they may not only be resisted by force, but if necessary may even be punished with death. The counts of Holland, Groenewegen wants to tell us (unlike in his *De antiquitate* Grotius does not mention Holland in these sections of *De jure belli ac pacis*), were not *legibus solutus*, because they were and had always been *sub populo*. This view of the counts of Holland as being *sub populo*, based on the false idea that they had always been independent of the Holy Roman Empire and appointed by the States of Holland, was an essential element of the Batavian myth. Such "Batavian" counts would indeed be far from sovereign in a Bodinian way. In reality the States of Holland originated in the count's court and the count's power in the emperor.[19]

Groenewegen's third and final section on this abrogated *lex* D. 1,3,31 (it must be clear by now that this *lex* was in fact not even abrogated, as it had never had the force of law in Holland) can be read as a twofold justification, firstly of his stand that this *lex* is not part of the law in Holland, and at the same time of the repudiation of the Spanish King Philip

17 For more details see the *Nieuw nederlands biografisch woordenboek* (*NNBW*).

18 Better known under the Dutch title *Maniere van procederen in dese provintien, Hollandt, Zeelandt ende West-Vrieslandt*, 1 ed. 1592. I have made use of the 's-Gravenhage 1646 edition.

19 J.Ph. de Monté VerLoren and J.E. Spruit, *Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling*, Deventer 1982, pp. 98 and 149.

II by the Dutch. For, says Groenewegen, *Philippus II. Hispaniarum, et noster princeps* transgressed against the laws limiting his power, after which the States General of the Dutch provinces declared that he had *ipso jure*[20] forfeited his *imperium* and drove him out of these territories by force[21] – witness, again, Grotius, *De antiquitate*, chapter 6.

This short sixth chapter of Grotius is a masterpiece of political propaganda, for which the stage is set by Aristotle (*Politica* V.10),[22] who describes some of the "early tyrannies" as kingships that had deviated from ancestral traditions and had aimed at a more masterful rule. The stage thus being set, Grotius provides a fine example of circular historiography. The *prisci principes*, the rulers of Holland in early times, realised that their dignity depended on the strength and power (*opibus*) of the States. They therefore demonstrated their respect for the laws and their love of equity, and they respected the States (*legum reverentes, amantes aequi, observantes ordinum*). Then came the Burgundian rulers, the first to seek domination, who still left liberty largely intact. The next to enter the stage was Charles V, "elsewhere King and Emperor". These words alone should make the readers of Grotius' booklet shiver: *Carolus mox, rex alibi et imperator*. Charles, however, was born and raised in these regions; moreover, he knew his subjects well, so that things were not too bad yet. Still, religious repression started during his reign. The situation deteriorated when his son Philip II entered the stage. He was the type of ruler Aristotle must have had in mind, content only with the most unlimited power (*ingenium nulla nisi liberrima potestate contentum*). Worse still than the king himself were the Spaniards who surrounded him; worst of all was Don Fernando Alvarez de Toledo, duke of Alva. On this point, Grotius' views are corroborated by one of the most outstanding scholars on the Dutch Republic, Jonathan Israel, who describes Alva as "unswerving, even fanatical, in his detestation of Protestant heresy".[23]

For a long time, says Grotius, the loyalty of the people in Holland (and other Dutch provinces) had competed with their desire for liberty, *certavit quiddem diu populorum fides cum libertate*. Then the time came for the States of Holland, guardians of both private and public law, to declare war on Alva, thus following the example of their Batavian ancestors, who had taken up arms against the Romans when the latter also sought total domination. The States gathered at Dordrecht on 19 July 1572 and chose William of Orange as their leader. Grotius says nothing about the questionable status of this gathering of the States of Holland, which were in reality "rival" or "rebel" States,

20 Thus also in the Act ("Plakkaat Verlatinge") itself: "Doen te wetene, dat wy … den Coninc van Spaegnien verclaert hebben ende verclaren mits desen, ipso jure, vervallen van zijne heerschapye, gerechticheyt ende erffenisse van de voorsz. landen …", quoted after the text of the Act in H. Battjes and B.P. Vermeulen (eds.), *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen 2007, p. 58.

21 Jonathan Israel, *The Dutch Republic. Its Rise, Greatness, and Fall. 1477-1806*, Oxford 1995, pp. 209 f. points out that the Act of Abjuration also meant the removal of portraits of and references to the king, as on coins minted in the provinces and on official seals, in courts of law and town halls, and so forth. Officials were no longer bound by their oaths of allegiance to the king.

22 The 1995 translation of *De antiquitate* (p. 133) surprisingly posits bk. 4 for "*Politicorum* V. cap.X" (tr. as "*Politica* boek 4, hoofdstuk 10"), instead of bk. 5. *Politica* IV.10 is a short chapter on three forms of tyranny. *Politica* V.10 (1310 b 16), however, is a chapter seamlessly serving Grotius's purpose, since it discusses the downfall of monarchies that had originally ruled according to the law.

23 Israel, *The Dutch Republic*, cit., (ch. 8: "Repression under Alva, 1597-1572"), p. 155.

since at the same time the Stadholder of Holland appointed by Philip II, Count Bossu, had summoned the town patriciates for a gathering of the States at The Hague.[24] Jonathan Israel holds that subsequently "the speciousness of the fiction[25] that the king's authority, rights, and wishes were being respected was transparent".[26] Grotius argued that finally the sovereignty of the States had emerged into the light again: ... *summa ordinum potestas ... luci reddita palam effulsit* (thus in *De antiquitate* VII.1, not referred to by Groenewegen). William of Orange promised not to govern Holland without the consent of the (majority of the) States, or without consulting the States when they so desired,[27] thus returning to the principles of the *prisci principes* as described by Grotius. This all culminated some years later in the aforementioned Act of Abjuration, 26 July 1581, in which the States General declared that the king had *ipso jure* lost his power for having violated the fundamental laws: *Ordines pronuntiarunt Philippum ob violatas imperii leges ipso iure principatu excidisse* (*De antiquitate* VII.1).

4. Conclusion

According to contemporary writers, the *lex princeps legibus solutus* had no force in the law of Holland in the sixteenth and seventeenth centuries. The Spaniards, among them King Philip II, were seemingly not fully aware of this fact, and strove for absolute power; but in doing so, the king would soon find out that *error iuris nocet*. A Republic was born.

Abstract

Closely following the text of Hugo Grotius' *De antiquitate,* Simon van Groenewegen argues in his *Tractatus de legibus abrogatis* that D. 1,3,31 (*lex princeps legibus solutus*) had been abrogated in Holland in the seventeenth century. More than that, D. 1,3,31 had never been in force and the counts of Holland had never been exempted from its laws. When King Philip II ignored those laws, the States General declared that he had *ipso jure* forfeited his right to govern and expelled him.

24 Idem p. 175: "the first gathering of the States of Holland under the aegis of the Revolt against Philip II". Of the larger towns, Amsterdam, Rotterdam, Delft and The Hague were still loyal to the king, a majority of the towns being Orangist. Rotterdam sent delegates to Dordrecht a few days after the other towns.

25 On legal fiction, see L.C Winkel, *Error iuris nocet. Rechtsdwaling als rechtsorde-probleem. I Rechtsdwaling in de Griekse filosofie en in het Romeinse recht* (diss. University of Amsterdam), Amsterdam 1982, pp. 1 ff. For the use of fiction more generally, see Hans Vaihinger's *Die Philosophie des Als Ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus* (1 ed. Berlin 1911).

26 Israel, *The Dutch Republic*, cit., p. 175.

27 Idem p. 176.

THE (LACK OF) PROTECTION OF *BONA FIDE* PLEDGEES IN CLASSICAL ROMAN LAW

Hendrik Verhagen*

1. Introduction

Roman law did not recognise a general principle allowing third parties in good faith to rely on their counterparty's possession. The oldest right *in rem* prevailed, and could not be adversely affected by dispositions made without the consent of the titleholder.[1] Neither in the city of Rome nor elsewhere in Roman Italy were there, even for immovable property, registers which the public could consult in order to find out who the owner was and whether the property had been burdened (although there were such registers in Roman Egypt).[2] Roman law did have an institution that could have evolved into a general principle protecting third parties in good faith, namely *usucapio*. Even at a very early stage, however, the important category of stolen or embezzled property (*res furtivae*) was excluded from *usucapio*.[3] Moreover, *usucapio* could neither lead to the acquisition of a pledge created by a non-owner nor protect a secured creditor against an earlier pledge that was unknown to him. Nevertheless, in a number of cases a creditor's possession or good faith did put him in a more advantageous position. In this contribution, some of these cases will be explored.[4]

1 For Roman precedents of the maxim *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet* ('no one can transfer more rights to another than he himself has') as applied to *pignus*, see Pap. D. 20.1.3.1 and Ulp. D. 41.1.46. For the maxim *prior tempore potior iure* ('earlier in time, stronger in law') as applied to *pignus* see e.g. Ant. (Car.) C. 8.17.3.

2 See F. Lerouxel, Le marché du crédit privé, la bibliothèque des acquêts et les tâches publiques en Égypte romaine, Annales HSS (2012), 943-976 (with further references).

3 M. Kaser, *Das römische Privatrecht I Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 2nd. ed., München 1971, 137. This is not entirely without parallel in modern civilian jurisdictions, in which the owner is often allowed to recover stolen property within a certain period. See e.g. § 935 BGB, art. 3:86(3) BW.

4 The position of the *purchaser* of pledged property will not be discussed.

* Professor of Private International Law, Comparative Law and Civil Law, Radboud University, Nijmegen; Professor of Roman Law (Conrat Chair), University of Amsterdam.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 982-992

2. Multiple dispositions of the same assets by the owner

When debtor D created real security over an asset, firstly in favour of creditor C_1 and later over the same asset in favour of creditor C_2, what was the legal position of these competing creditors? Although there is good reason to assume that the non-possessory pledge was recognised relatively early,[5] it took much longer for its 'logical sequel' (Kunkel) – the multiple pledge – to be recognised.[6] For a long time, if a debtor granted a pledge to one creditor, the burdened property could not be pledged to another creditor. Originally, therefore, a pledge to C_2 was invalid and no rules protected this party even when he was in good faith. In classical law, the impossibility of multiple pledges gradually disappeared and eventually it came to be accepted that such pledges with different rankings, could be unconditionally created over the same asset.[7] A secured creditor would, however, still not be protected against a prior pledge, not even when the first pledge was non-possessory and the second creditor was in good faith when taking possession of the charged object.[8]

In some situations, the creditor's possession of the pledged property, or other factors, would place him in a better position. When the same asset was pledged by the same debtor to two creditors simultaneously, the creditor with the possessory pledge would prevail.[9] It would seem that (in this situation), where two persons had equivalent rights, the person in possession would be in the stronger position: *in pari causa possessor potior haberi debet* (Ulp. D. 50.17.128 pr.).[10] Wubbe sees the origin of this rule in the position of the defendant in ownership proceedings.[11] Likewise, when C_1 could not prove that he had been granted a right of pledge first, it is likely that a possessory pledge of C_2 would prevail.[12] Finally, a secured creditor could grant permission (which could be implied from the circumstances of the case) to the debtor to create a higher-ranking pledge in favour of someone else. From Marcian D. 20.4.12.4, it appears that the permission to grant a pledge to another creditor would already entail a reversal of the ranking of the pledges.[13]

5 G. Krämer, *Das besitzlose Pfandrecht, Entwicklungen in der römischen Republik und im frühen Prinzipat*, Köln (etc.) 2007, passim.

6 W. Kunkel, Hypothesen zur Geschichte des römischen Pfandrechts, SZ 90 (1973), 15-170 at 155.

7 Marc. D. 44.2.19.

8 Marcian D. 20.4.12.10. This is a situation which in modern jurisdictions would result in C_2's pledge taking priority over that of C_1. See e.g. § 1208 BGB and art. 3:238(2) BW. The *actio Serviana* would be available to C_2 for the recovery of pledged assets from third parties. However, after a successful recovery by C_1, C_2 could institute the *actio Serviana* against C_2 in order to claim the pledged property. See Marcian D. 20.4.12 pr.

9 Ulp. D. 20.1.10.

10 The possessory interdicts were also available to the secured creditor where there was interference or threatened interference with his factual possession of the pledged object.

11 F.B.J. *Wubbe, Res aliena pignori data de verpanding van andermans zaak in het klassieke Romeinse recht*, Leiden 1960, 107.

12 A. Wacke, Prozessformel und Beweislast im Pfandrechtprätendentenstreit, TR 37 (1969), 369-414 at 402-403.

13 See also e.g. Mod. D. 20.6.9.1, Paul. D. 20.6.12 pr. and Pap. D. 20.4.2.

3. Pledge created by non-owner: the 'relative' pledge

3.1 Debtor and creditor

From Lenel's reconstruction of the *formula* for the *actio Serviana,* it appears that the pledged assets had to be *in bonis* of the debtor at the time of the pledge agreement (*eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse*).[14] On the basis of an elaborate review of the sources, Ankum and Pool came to the conclusion that this meant that the debtor should either have owned the assets *pleno iure* or have had bonitary ownership (i.e. a *res mancipi* had been delivered by the civilian owner by means of *traditio*).[15] This would mean that neither the 'bare' civilian owner (who had conferred bonitary ownership upon someone else) nor the usucaptor *a non domino* would have the property *in bonis*. In a *Serviana* procedure *against the debtor*, however, the secured creditor did not have to prove that the pledged property was *in bonis* of the debtor. It was regarded as unacceptable that a debtor, who had deliberately created a pledge in favour of his creditor, would later raise the defence against the creditor that when he had done so, he had not yet owned the pledged property. This would go against the principle of *nemo contra factum suum proprium venire potest*.[16] The creditor could therefore recover the pledged property *from the debtor* with the *actio Serviana*. When the debtor raised the defence that at the time of the pledge agreement the pledged asset had not been *in bonis* of the debtor, the creditor could successfully override this defence with the 'replication of bad faith'.[17] Consequently, the pledged asset would not be available for recourse by the debtor's other creditors, and in this respect, the secured creditor's preferential right of recourse would not be adversely affected. All this might be different, however, when the creditor knew that the debtor was pledging someone else's property. After establishing that the debtor's ignorance does not exempt him from contractual liability vis-à-vis the creditor when he has pledged someone else's property or property already charged to someone else, an opinion by Paul goes on to state:

> D. 13.7.16.1 (*Paulus libro 29 ad edictum*): *... Sed si sciens creditor accipiat vel alienum vel obligatum vel morbosum, contrarium ei non competit.* (On the other hand, if the

14 O. Lenel, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3rd. ed., Leipzig 1927 (repr. Amsterdam and Aalen 2010), 494-495.

15 See H. Ankum, M. van Gessel-de Roo and E. Pool, Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse/in bonis habere im klassischen römischen Recht, Abschnitt II, SZ 104 (1987), 369-436 (hereafter referred to as 'Ankum/Pool, In bonis II'); H. Ankum and E. Pool, Rem in bonis meis esse and rem in bonis meam esse: Traces of the Development of Roman Double Ownership, in: P. Birks (ed.), *New Perspectives in the Roman Law of Property*, Oxford 1989, 5-41 (hereafter referred to as Ankum/Pool, Rem in bonis) at 32-33. See also M. Kaser, Nochmals zu 'in bonis habere', in: M. Kaser, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, Vienna (etc.) 1986, 363-368.

16 Ulp. D. 20.1.21.1. See Ankum/Pool, In bonis II, 426; G.H. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid, bekrachtiging en convalescentie*, Deventer 1998, 38-39, 50.

17 Ankum/Pool, Rem in bonis, 17. Other modern authors hold that when the creditor instituted the *actio Serviana* against the debtor, the phrase *eamque rem tunc, cum conveniebat, in bonis Lucii Titii fuisse* was simply not included in the *formula*. Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, 48 (n. 187). Ulp. D. 20.1.21.1 is strong evidence to the contrary.

creditor knowingly accepts a pledge which belongs to another, is already charged, or is diseased, he will not have the counteraction.)[18]

One would think that when – as this fragment indicates – the *actio pigneraticia contraria* must be denied to the creditor in bad faith, also the *actio Serviana* would be defeated (with the *exceptio doli*) when instituted by such creditor.[19] Therefore, in the relationship between debtor and secured creditor the element of good faith was probably significant. The element of possession, on the other hand, was not.

3.2 Multiple pledges

In the relationship between creditor and debtor, the situation was therefore the same as if a valid and effective pledge had been created.[20] From a fragment by Paul it may be deduced that this result can be extended to the relationship between creditors of the same debtor/non-owner who had both been granted a pledge over the same asset.

D. 20.4.14 (*Paulus libro 14 ad Plautium*): *Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.* (If a non-owner pledges the same thing at different times to two persons, the earlier prevails, although, if we take a pledge from different non-owners, the possessor has the advantage.)

Apparently, the requirement of *in bonis debitoris esse* was also relaxed in *Serviana* proceedings between competing creditors deriving their 'right' of pledge from the same debtor.[21] The creditor (C_1) to whom the asset had been pledged first could recover it by means of the *actio Serviana* from the creditor (C_2) to whom that asset had been pledged afterwards, while C_1 could ward off an *actio Serviana* instituted by C_2 by means of the *exceptio rei sibi ante pigneratae*. C_1 and C_2 acquired quasi-proprietary interests, which were subject to the *prior tempore* principle.[22] Interestingly, when the pledges had been granted by different non-owners, the *prior tempore* principle did not apply; but the possession of the pledged asset determined the position of the competing secured

18 English translations of all Digest texts in this article are taken from A. Watson (ed.), *The Digest of Justinian*, 4 vols., rev. English-language ed., Philadelphia 1998, as adapted where I preferred a different translation.

19 The view has been expressed in modern literature that the last sentence of D. 13.7.16.1 is an interpolation. Thus Stein thinks that it is not by Paul, but admits that the debtor would probably have an *exceptio doli*: P. Stein, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh 1958, 131. Kaser also cites Pomp. D. 13.7.2 as indicating that the *actio pigneraticia contraria* was denied to the creditor in bad faith. However, this fragment only appears to say that no valid proprietary right of pledge comes into existence when someone else's property is pledged; M. Kaser, *Studien zum römischen Pfandrecht*, Napels 1982, 87 (n. 163).

20 From Ulp. D. 13.7.9.4 it appears that when the secured debt had been discharged, the (non-owning) debtor could institute the *actio pigneraticia* in order to recover the pledged property from the creditor.

21 Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, 304-308.

22 See, however, Ulp. D. 20.4.7.1 and (more clearly) Paul. D. 13.7.20.1 on the (equal) ranking of pledges created simultaneously.

creditors. Various explanations have been given of this difficult text.[23] For the purposes of this contribution, it suffices to establish that between competing secured creditors the element of possession could be decisive. Moreover, by analogy with Paul D. 13.7.16.1, one would think that when one of the creditors lacked good faith this would jeopardise his legal position.

3.3 The 'relative' pledge

Wubbe, in particular, has argued that whenever a non-owner in factual possession of the pledged asset granted a pledge, the creditor could use the *actio Serviana* to recover the pledged assets from any possessor of those assets, except the owner *pleno iure*, the bonitary owner and their successors. According to Wubbe, *in bonis debitoris* meant nothing more than that the debtor had to be in factual control of the pledged asset in order to create a valid and enforceable pledge.[24] Ankum and Pool, as we have seen, take the radically different view that *in bonis debitoris esse* meant that the debtor had to be the civil (*pleno iure*) or bonitary owner. An intermediate position is that *in bonis debitoris* meant that the debtor had to have praetorian ownership *largo sensu*, i.e. had to be a *bona fide* possessor in the process of acquiring civilian ownership through *usucapio*.[25] In other words, not only the bonitary owner but also the usucaptor *a non domino* could create a pledge that would be enforceable against third parties through the *actio Serviana*. The only persons against whom the *actio Serviana* would fail would be the civilian (*pleno iure*) owner and the bonitary owner. A logical application of the *nemo plus* principle would entail that not only the bonitary owner but also the usucaptor *a non domino* could create a right of pledge that was enforceable against the same persons as the legal interest to which the person granting the pledge (the debtor) was entitled. It is difficult to see why, as long as the *actio Publiciana* was available to the debtor, the *actio Serviana* should not be available to the creditor. If the pledged asset were stolen, it would not be practicable for the creditor first to sue the debtor by means of the *actio pigneraticia contraria*, in order for the latter to sue the third party in possession of the pledged asset by means of the *actio Publiciana*. Allowing the creditor to institute the *actio Serviana* directly against the third party would be much more effective. From this point of view, a fragment such as Ulp. D. 20.1.21.1, which states that the creditor can institute the *actio Serviana* against the debtor, would not relate to a separate category of cases dealing with the creditor-debtor relationship only. Ulpian expressly mentions that the debtor had purchased someone else's slave *bona fide*. Why would he have done so other than to indicate that the debtor was a usucaptor *a non domino*? Another fragment which may support the view that *in bonis debitoris esse* includes the position of a usucaptor *a non domino* is Pap. D. 13.7.40 pr. This fragment speaks of cases in which the debtor (unsuccessfully) tries to recover the pledged property from the creditor before the debt is

23 See e.g. Wubbe, *Res aliena pignori data*, 104; Ankum/Pool, Rem in bonis, 28 and In bonis II, 430-432; D. Schanbacher, *Die Konvaleszenz von Pfandrechten im klassischen römischen Recht*, Berlin 1987, 150-154; Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, 304-308.

24 Wubbe, *Res aliena pignori data*, 58-62, 92.

25 F. Wieacker, Zur Verpfändung fremder Sachen, TR 30 (1969), 58-76 at 65 and the other authors mentioned by Ankum/Pool, In bonis II, 374.

discharged. Papinian uses the words '*pignus petat aut dominium vindicat*'. The last two words obviously refer to the *rei vindicatio*, to be instituted by the debtor when the pledged property is owned by him *pleno iure*. I agree with Ankum and Pool that the expression '*pignus petat*' in all likelihood refers to the *actio Publiciana*. Since this action could also be instituted by a debtor who was a usucaptor *a non domino*, Pap. D. 13.7.40 pr. seems to confirm that such a debtor could create a valid right of pledge.[26] The fundamental text, however, is an opinion by Paul:

> D. 20.1.18 (*Paulus libro 19 ad edictum*): *Si ab eo, qui Publiciana uti potuit quia dominium non habuit, pignori accepi, sic tuetur me per servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* (If I have accepted a pledge from someone who, because he did not have ownership, could have used the *Publiciana*, the praetor protects me with the *Serviana*, in the same way as the debtor with the *Publiciana*.)

The gist of this opinion seems to be that the *actio Serviana* should be regarded as a derivative of the *actio Publiciana*, in the sense that the first action could be instituted against the same persons as the latter action. In other words, the *actio Serviana* is the counterpart of the *actio Publiciana*, which, given the fact that both actions probably originated in the same period, is not implausible.[27] Potjewijd, however, strongly denies this, with reference to another fragment by Paul:

> D. 41.4.2.17 (*Paulus libro 54 ad edictum*): *Si eam rem, quam pro emptore usucapiebas, scienti mihi alienam esse vendideris, non capiam usu.* (If you sell me a thing which you are usucapting as purchaser, and I know that it belongs to someone else, I will not usucapt it.)

Potjewijd claims that there can hardly be better proof of the thesis that the usucaptor *a non domino* did not have a right *in rem* of which he could dispose.[28] This must be seriously questioned. It follows from D. 41.4.2.17 that the usucaptor's legal position cannot be 'transferred' to a *mala fide* purchaser, but it does not follow that the *actio Serviana* cannot be instituted by a creditor of the usucaptor. The analogy between D. 20.1.18 and D. 41.4.2.17 is *not* perfect. On the contrary, the crucial difference is that in the case of D. 20.1.18, after having pledged something, the debtor *continues to usucapt* the charged property, so that, contrary to what is said in D. 41.4.2.17, the *actio Publiciana* remains available to the debtor. The two fragments can also be distinguished from a procedural perspective. The formula of the *actio Publiciana* required that the person instituting this action should himself have acquired possession in good faith. In other words, when a seller/usucaptor *a non domino* sold and delivered the asset to a purchaser, the latter would only be entitled to the *actio Publiciana* if in good faith. This explains why Paul in D. 41.4.2.17 states that the purchaser's knowledge is an obstacle to *usucapio* by him. The formula of the *actio Serviana*, on the other hand, does not contain

26 Nor do the fragments by Julian, Gaius and Paul discussed by Ankum/Pool (In bonis II, 398-399) justify the conclusion that only the *pleno iure* and bonitary owner could grant a right of pledge.

27 F.B.J. Wubbe, *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften* [collected writings Wubbe edited by P. Pichonnaz], Freiburg 2003, 218-227.

28 Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, 55.

the requirement of *bona fide*s.[29] The pledged asset had to be *in bonis* of the debtor at the time of the pledge agreement; and Paul D. 20.1.18 appears to indicate that a usucaptor *a non domino* also satisfied this requirement.[30]

The element of possession would not be relevant if the usucaptor *a non domino* could also grant a valid right of pledge: the *actio Serviana* would then also be available to the creditor to whom a *hypotheca* had been granted. Whether the element of good faith could have played a role is more difficult to assess. We have seen that the *actio pigneraticia contraria* would be denied to a creditor in bad faith (Paul D. 13.7.16.1) and that an *actio Serviana* would probably also fail. However, if the *actio Serviana* was available whenever the debtor was a usucaptor (*a domino* or *a non domino*) this may very well have had the consequence that a creditor who knew that the debtor was not the (civilian or bonitary) owner could still institute the *actio Serviana*. This interpretation implies that the creditor only lacked good faith if he knew that the debtor himself was a *mala fide* acquirer.

4. Pledge by non-owner: convalescence and conditional pledge

The position of a creditor to whom someone else's property had been pledged became a strong one when the property was afterwards acquired by the debtor, for instance through purchase or inheritance.[31] In that case, a 'convalescence' of the original imperfect pledge could take place, in the sense that the creditor would be granted an adapted *actio Serviana* (*utilis*), by means of which the pledged assets could be recovered from every possessor.[32] We can see this in an opinion by Papinian:

> D. 20.1.1 pr. (*Papinianus libro 11 responsorum*): *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilior erit possidenti retentio.* (A general agreement to create a pledge is recognised also in respect of those assets that are acquired afterwards. But if the agreement covers specific property of another, which is not then owed to the pledgor but afterwards has become the ownership of the debtor, the creditor who was not unaware that it was someone else's is not so easily given an *utilis actio* for it, but it is easier for the possessor to retain it.)

According to Papinian the requirement of *in bonis debitoris esse* could be relaxed (i.e. could afterwards be satisfied) when the debtor, at the time of the pledge agreement,

29 This is not to say that good faith cannot be relevant in connection with the *actio Serviana*: see the next paragraph.

30 In this sense also Wieacker, Zur Verpfändung fremder Sachen, 69. For different interpretations, Ankum/Pool, Rem in bonis, 26-27.

31 See A. Wacke, Die Konvaleszenz der Verfügung eines Nichtberechtigten, SZ 114 (1997), 438-461 at 452.

32 On convalescence of rights of pledge see Schanbacher, *Die Konvaleszenz*, passim; Potjewijd, *Beschikkingsbevoegdheid*, 211-308, with further references.

already had a legally relevant 'expectation' in respect of the pledged asset.[33] When, on the other hand, the creditor merely speculated about the debtor's future ownership, he did not deserve to be protected. In other words, only the creditor in good faith (unaware of the debtor's lack of ownership), could afterwards rely on convalescence.[34] However, even when the creditor knew that the property belonged to someone else, his possession of the pledged property would still put him in a better position: he would then have a right of retention, by means of raising the *exceptio doli* against the debtor's *rei vindicatio*.[35] This may be explained as a case of *venire contra factum proprium*. The elements of good faith and possession therefore also play a role in the Roman law on the convalescence of unauthorised pledges (as perceived by Papinian).

All this was different when the creditor and debtor deliberately created a pledge over someone else's property, subject to the condition 'that the property shall have become the debtor's'. There was no doubt that once this condition materialised a valid and effective right of pledge would come into being.[36] This condition could even be implied when it was evident to both parties that the pledged property was not yet owned by the debtor.[37] The most obvious example is the general pledge – a pledge on all the debtor's fluctuating assets, which by its very nature is geared towards assets acquired afterwards.[38] The creditor's knowing that the debtor did not own the pledged asset was therefore no obstacle to the perfection of a pledge when the pledge was conditionally granted.

5. Authorisation and ratification

Roman law also knew other techniques for validating a pledge created by a non-owner. The owner could *authorise* the creation of a pledge by someone else.[39] Such authorisation could also be implied, for instance when someone managing public property took out a loan and granted a pledge to secure it.[40] The owner could also afterwards *ratify* the

33 According to Potjewijd (*Beschikkingsbevoegdheid*, 248) this fragment deals with the situation where a pledge had been created over a (e.g. a purchaser's) contractual claim for delivery. Although one cannot rule out this possibility, the text may also be interpreted as saying that convalescence was possible when the creditor had a legally relevant interest (here: a claim for delivery) in respect of the pledged property, without this interest itself necessarily also being pledged to the creditor. With regard to a similar fragment on convalescence – Pap. D. 20.4.3.1 – also Potjewijd (*Beschikkingsbevoegdheid*, 117 n. 46) admits that only the asset itself had been pledged and not the claim for its delivery.

34 See, however, Paul. D. 13.7.41 and Diocl. et Max. C. 8.15.5, where good faith is not required.

35 Wacke, Die Konvaleszenz, 454.

36 Marcian D. 20.1.16.7: *Aliena res utiliter potest obligari sub condicione, si debitoris facta fuerit*. See also Marc.-Ulp. D. 20.4.7.1; Diocl. et Max. C. 8.15.5.

37 Potjewijd, Beschikkingsbevoegdheid, 109-110.

38 Wacke, Die Konvaleszenz, 451-452. See e.g. Pap. D. 20.1.1 pr. quoted *supra*.

39 Scaev. D. 17.1.60.5; Ulp. D. 13.7.11.7; Paul. D. 13.7.20 pr.; Mod. D. 20.1.26.1. Where the security had been granted by someone else, the formula of the *actio Serviana* had to be adapted in order to reflect that at the time of the *conventio pignoris* the pledged property was *in bonis* of either the party creating the pledge or *of the person with whose consent the pledge had been created* (Marcian D. 22.3.23).

40 Marcian D. 20.1.11 pr.

unauthorised creation of a pledge by someone else.[41] Ratification could also be implied from the circumstances of the case, as when someone agreed to be a guarantor (*fideiussor*) knowing that the debtor had pledged his (the guarantor's) assets for the same debt.[42] An interesting text is a rescript by Septimius Severus and Caracalla from A.D. 205:

> C. 8.15.2: *Si probaveris praesidi hortos de quibus agebatur tuos esse, intellegis obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.* (If you have proven to the governor that the gardens involved in the litigation are yours, you will understand that they could not be pledged to a creditor by another, unless you knew of that being done, and remained silent, in fraud of an innocent creditor.)[43]

The rescript holds that a pledge created without the owner's permission is invalid. It is different, however, when the owner knowingly allowed the pledge to be created. Because of the owner's fraudulent behaviour towards an innocent creditor, the invalidity of the pledge could not be invoked against a pledgee in good faith.[44] In this rescript, one recognises two elements that are later to be found in European private law in relation to the protection of third persons who had acquired an interest in property from a non-owner: an element of causation on the part of the real owner and an element of good faith on the part of the other party.

6. Conclusion

In a number of cases, Roman law did protect a creditor against the *invalidity of a pledge created by a non-owner*. To this category belong texts dealing with a 'relative' pledge, convalescence and authorisation/ratification or equivalent conduct. The creditor's good faith appears to have been required for his protection whenever the pledge was created by a non-owner, except when the pledge was created conditionally. Moreover, in several of these cases, the creditor's protection depended on his possession of the pledged property. In case of *multiple security interests* created by the same owner, the second creditor would originally not even obtain a second ranking security interest. This later changed, but the second creditor was still not protected against a previously created right of pledge of which he could not have been aware. Neither the creditor's good faith nor his possession would (except in case of simultaneous pledges) put him in a better position. It was only many centuries later that in the laws of continental Europe a system of acquisition in good faith evolved which was based on two elements that – in this respect–only had incidental significance in classical Roman law: possession and good faith.[45]

41 Paul. D. 13.7.20 pr.; Marcian D. 20.1.16.1.

42 Marcian D. 20.2.5.2.

43 Translations from the Code are taken from the web edition of T. Kearly (ed.), *Justice Fred H. Blume's Annotated Justinian Code*, *http //uwacadweb.uwyo.edu/blume&justinian/*, as adapted where I preferred a different translation.

44 H. Ankum, Spätklassische Problemfälle bezüglich der Verpfändung einer *res* aliena, in: H. Altemeppen et al. (eds.), *Festschrift für Rolf Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2010, 35-44 at 37.

45 E.g. § 1207 and 1208 BGB; art. 3:238 BW.

Annexure

This table gives a schematic overview of the categories of situations in which possession and good faith were always (√), sometimes ([√]) or not (-) required. The accompanying notes do not refer to all the relevant fragments in the Digest but only to representative ones.

	Possession	Good faith
Pledge created by owner		
Multiple pledge	[√][i]	-[ii]
Pledge created by non-owner		
Between creditor and debtor	-[iii]	√[iv]
Multiple pledges	[√][v]	√(?)[vi]
Against third persons	-[vii]	√(?)[viii]
Convalescence	[√][ix]	√[x]
Conditional pledge	-[xi]	-[xii]
Conduct owner	?	√[xiii]

Notes

i Ulp. D. 20.1.10 (simultaneous pledges).
ii Marc. D. 42.2.19 (first pledge always prevails).
iii D. 20.1.21.1 (discusses both possessory and non-possessory pledge).
iv D. 13.7.16.1 (only for *actio pigneraticia*).
v D. 20.4.14 (when created by the same pledgor).
vi D. 13.7.16.1(?).
vii D. 20.1.18.
viii D. 13.7.16.1(?).
ix D. 20.1.1 pr. (no convalescence in case of bad faith, but creditor in possession has lien).
x D. 20.1.1 pr.
xi Marcian D. 20.1.16.7.
xii Marcian D. 20.1.16.7.
xiii C. 8.15.2.

Abstract

This contribution discusses the position of the creditor who in good faith accepted security created by a non-owner or on property already burdened in favour of someone else. It appears that although as a rule the *bona fide* creditor in possession of the charged property was not protected as he is in modern legal systems, there were instances in which the elements of possession or good faith did put him into a more favourable position.

VAN EEN KETTER WORDT DE TONG DOORSTOKEN. VAN JOHANNES DE DOPER OOK. BETEUGELING VAN "DE NIEUWE RELIGIE" TE NIEUWPOORT ROND 1570

R. Verstegen*

1. Inleiding

Op 15 januari 1570 wordt Jan Coeman door de schepenbank van Nieuwpoort veroordeeld om

> "ghesteken te zynnen met een gloijende ysere duere 't uuterste van zyn tonghe ende daernaer levende voor 't schecht uuter vanghenesse ghebrand te wordene, so datter de doot naervolghe, met confiscatie van alle zyne goedynghe 's Conycx, ons gheduchts heere, profytte ende [tekst beschadigd] ghanc te hanghen an een staecke ter galghesticke, elcken tot exemple".

De smid Jan Coeman was eerder op 8 mei 1568 gedagvaard om te verschijnen voor Alva's Raad van beroerten waar hij moest gehoord worden over zijn vlucht voor het gerecht en voor de "belastynghe van anghehanghen ende gevolcht t' hebben de nyeuwe religie". Omdat hij niet verscheen, werd hij bij verstek veroordeeld tot verbanning uit alle gebieden onder het gezag van de Spaanse Koning. Bij zijn terugkeer of opduiken werd hij te Nieuwpoort voor de schepenbank gebracht.

Eerste motief voor de veroordeling is het breken van de ban waarvoor hij de galg verdient, straf die bij de verbanning was aangekondigd (verbannen "up de ghalghe"). En de motivering gaat verder: "ende bovendien naerdien den voornoomden Jan es bliven persisterende by zyne erreuren, dwaellynghen, quaede opinie ende heresie, nietjegenstaende alle debvoiren dat men heeft moghen doen omme hem daerof te brynghen".

* Emeritus gewoon hoogleraar aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de KU Leuven: doceerde Romeins recht en Onderwijsrecht.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 993-1005

We willen enkele aspecten van dit vonnis nader belichten en in hun context plaatsen.[1] We gaan daarbij uit van een aantal documenten gepubliceerd door A. Verheyden in aansluiting bij zijn studie over "Le protestantisme à Nieuport au XVIe siècle" uit 1951.[2] We besteden bijzondere aandacht aan de bijkomende straf van het doorboren van de tong, waar ook nog een kunsthistorische bijzonderheid kan worden naast geplaatst. Ik hoop dat deze kunsthistorische aanvulling de gruwel van het oude strafrecht voldoende compenseert om mijn bijdrage aanvaardbaar te maken zoals ze bedoeld is: een teken van vriendschap voor de gevierde. Verbeeld ik het mij als ik hem dat nu al zie bevestigen met die korte hoofdknikjes die zijn glimlach ondersteunen?

2. Een kwetsbare plek

In het tweede kwart van de zestiende eeuw gaf het binnendringen van het protestantisme in het Westkwartier (zuid-westelijke hoek van het graafschap Vlaanderen) aanleiding tot de eerste vormen van de Beeldenstorm, zonder dat de stad Nieuwpoort er zelf door getroffen werd. Wel werd iemand er onthoofd wegens heiligschennis begaan in een klooster in Diest (1538 of 1539), een ander opgehangen voor gelijkaardige feiten in de kerk van Gistel (1540). De eerste beeldenstormer/kerkrover was uit Mechelen afkomstig, de tweede uit Utrecht. In 1541 wordt een "ketter" afkomstig uit Hoorn uit de stad verbannen, een Amsterdammer wegens ketterij gegeseld. Zij behoorden, in de anarchistische nasleep van de beweging van de wederdopers, tot de kerkrovers en vagebonden welke in die jaren in de omgeving rondzwierven.[3] Nieuwpoort was ook in de volgende decennia omwille van zijn haven een attractiepool. De haven bood voor wie op de vlucht was voor vervolging een uitweg naar Engeland, waar velen ook probeerden hun vermogen in veiligheid te brengen. In de meer rustige jaren ontstaat zelfs een handelsverkeer tussen spinners in het Westkwartier en van daar naar Engeland uitgeweken wevers. Het was ook een ideale sluipweg om met uitgeweken geloofsgenoten in Engeland contact te houden. Volgens een betrokkene was rond 1564 de hele vaart op Engeland "besmet met de luterie".[4] Medewerken aan het verzenden van correspondentie en verdachte geschriften, schuilhouden van vluchtelingen en inwijkelingen, vervoer door

1 Met dank aan Guido Demerre (Vrienden van het patrimonium Nieuwpoort), Robrecht Janssen en Soetkin Vanhauwaert (beiden KU Leuven) die me elk op eigen wijze van bijkomende documentatie hebben voorzien.

2 A.L.E. Verheyden, "Le protestantisme à Nieuport au XVIe siècle", in *Handelingen van de Koninklijke Commissie voor Geschiedenis,* CXVI, Brussel 1951, 1-14 (tekst) en 15-60 (documenten); het vonnis op 19-20. De bijdrage is beperkt maar goed gedocumenteerd; ze is wel geschreven in een sfeer van hagiografie. Meer gegevens voor Nieuwpoort: D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd*, Torhout, Uitgaven Flandria Nostra, 1986; algemeen: J. Decavele, *De dageraad van de reformatie in Vlaanderen (1520-1565) Verhandelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België. Klasse der Letteren*. XXXVII. nr. 76, 2 vol., Brussel 1975; J. Decavele, "Reformatie en begin van katholieke restauratie 1555-1568", in *Algemene geschiedenis van de Nederlanden. Nieuwe tijd*. dl. 6, Haarlem 1979, 166-185; G. Janssens, "Van de komst van Alva tot de Unies. 1567-1579", *e.l.*, 215-243.

3 J. Decavele, *Dageraad van de reformatie,* 315-316.

4 D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd,* 13.

schippers naar Engeland waren feiten waarvoor de overheid herhaaldelijk bestraffend optrad.[5] Van groot belang is daarbij nog dat de verspreiding van het protestantisme steeds sterker de vorm van een opstand tegen het gevestigd gezag aannam. De prins van Oranje, die de steun van Engeland genoot, recruteerde actief soldaten. De opstandelingen die meester waren op zee, probeerden ook voet aan de grond te krijgen in de kusthavens. Het was vanaf 1565 in Nieuwpoort bepaald onrustig. Talrijke ook vooraanstaande inwoners worden verdacht of vluchten weg.[6] De repressie is hard. Tussen 1567 en 1573 worden vijf personen opgehangen wegens rebellie.[7] De hertog van Alva dringt in een brief van 6 juni 1572 bij de magistraat van Nieuwpoort aan op een verder streng handhaven van de orde, zoals de stad dat tot hiertoe zorgvuldig gedaan heeft, zo luidt het.[8] In het kader van de Pacificatie van Gent in 1576 kreeg de Prins van Oranje het recht om, als garantie voor de naleving van het akkoord een garnizoen te legeren in de stad. Zijn soldaten zouden echter hun protestantse geloof niet publiek belijden in de stad.[9] In oktober 1578 wordt de religievrede afgekondigd in de stad: elkeen mag vrij zijn geloof belijden.[10] In de laatste jaren van deze – soms onderbroken – bezetting weten hervormingsgezinden, die intens contact houden met de calvinistische besturen in Brugge en Gent, greep te krijgen op het bestuur van de stad. Op 18 augustus 1579 sluit het stadsbestuur zich aan bij de Unie van Utrecht die de opposanten verenigt.[11] Er zijn aanwijzingen dat de katholieke godsdienst in juni 1580 verboden werd.[12] Daaraan komt een einde wanneer Farnese in juli 1583 de stad verovert en de inwoners, voor zover die geen gebruik maken van de geboden gelegenheid om uit te wijken, tot de ware schaapstal terugbrengt.[13]

3. Viermaal gestraft "tot exemple"

Jan Coeman sterft in 1570 op de brandstapel en bovendien wordt zijn lijk aan een paal ten toon gesteld. Vooraf is hem publiekelijk de tong doorboord en al zijn bezittingen

5 A. Verheyden, "Le protestantisme", 6-8; J. Decavele, *Dageraad van de reformatie, passim;* D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd, passim.*

6 J. Decavele, *Dageraad van de reformatie,* 432-433; J. Decavele, "Historiografie van het zestiende-eeuwse protestantisme in België", *Nederlands Archief voor Kerkgeschiedenis,* 62/1 (1982), 9: een veertigtal middenstanders in Oostende en Nieuwpoort, onder wie verscheidene eigenaars van schepen, komen voor op de lijsten van om ketterij gezochte personen in de jaren 1561-1563; D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd,* 16: tussen september 1565 en januari 1566: 56 personen bestempeld als ketters.

7 A. Verheyden, "Le protestantisme", 12-13 (de auteur rekent ze bij de protestantse martelaren).

8 A. Verheyden, "Le protestantisme", 21-22 (document).

9 D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd,* 29-33.

10 L. Gilliodts – Van Severen, *Coutumes des Pays et Comté de Flandre. Quartier de Furnes. Coutumes de la ville et du port de Nieuport*, Brussel, 1901, 368. Zie ook het akkoord van 1 juli 1579 tussen de protestantse minister en de katholieke pastoor om de vrede te bewaren, 372.

11 L. Gilliodts – Van Severen, *Coutumes de la ville et du port de Nieuport,* 373.

12 G. Dalle, "Nieuwpoort 1576-1601. Topografie van armoede en rijkdom", *Handelingen van het genootschap voor geschiedenis*, 124 (1987) 192-193.

13 R. Dumon, *De geschiedenis van Nieuwpoort*, Langemark, Vonksteen, 1989, 362-378; A. Verheyden, "Le protestantisme", 10-11.

worden geconfisqueerd ten voordele van de Koning. Het is duidelijk de bedoeling om af te schrikken en wel door het opvoeren van een spektakel. Het spectaculaire karakter van de bestraffing neemt, anders dan men zich zou kunnen voorstellen, tegen het einde van de middeleeuwen niet af maar toe.[14]

De brandstapel is van ouds standaard als straf voor ketterij.[15] Wel is het delict in vele gewesten vooral een zaak van geïsoleerde individuen geweest of is dat geworden.[16] H. Duvillaret schrijft dat de ketterij grotendeels een aangelegenheid van rechtsgeleerden en handboeken was geworden, tot ze met het opkomend protestantisme in West-Europa maatschappelijk een verscheurend drama werd.[17] Vanaf de 11e eeuw worden in Vlaanderen ketters op de brandstapel gebracht.[18] Soms wordt het lichaam volledig verbrand ("tot pulvere", "tot asschen") en de as verstrooid.[19] Van Jan Coeman wordt het lichaam nadat de dood is ingetreden aan een paal opgehangen op het galgenveld. Dat is niet uniek, in Nieuwpoort zelfs bijna algemene regel bij de verbranding van heksen. Van de 16 heksen die in de 17e eeuw in Nieuwpoort op de brandstapel sterven worden slechts 3 tot as verbrand.[20]

Confiscatie van de bezittingen van de veroordeelde is eveneens standaard in dergelijke processen.[21] Het was ook onderdeel van de strijd tegen de verspreiding van het nieuwe geloof.[22] Vanuit Brussel wordt regelmatig aangedrongen op het consequent toepassen van deze maatregel. Met spijt wordt daar vastgesteld dat de haven van Nieuwpoort een

14 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle,* 2e ed., Presses Universitaires de France, 2006, 278-279: "A la fin du Moyen Age et au XVIe siècle, si la fonction rétributive de la peine n'est pas oubliée, on a l'impression que sa fonction sociale l'emporte et que les juges cherchent bien davantage à terroriser les éventuels imitateurs du délinquant qu'à châtier le coupable lui-même." (ID., 275). Het "spectacle pénal" met straffen die "iets te zien geven" leeft verder tot in het denken van de Verlichting (ID., 398).

15 K. Van Amira, *Die germanischen Todesstrafen. Untersuchungen zur Rechts- und Religionsgeschichte (Abhandlungen der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Philosophisch-philologische und historische Klasse. XXXI Band, 3 Abhandlung)*, München 1922, 161.

16 F. Vanhemelrijck, *De criminaliteit in de ammanie van Brussel van de late middeleeuwen tot het einde van het Ancien Régime (1404-1789) (Verhandelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België. Klasse der Letteren. Jg. 43. nr. 97),* Brussel 1981, 78-79.

17 H. Duvillaret, *Essai sur le droit pénal en Savoie (1440-1723),* Université de Grenoble, Faculté de droit, 1943, 185.

18 R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw (Verhandelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België. Klasse der Letteren. nr. 19)*, Brussel 1954, 84; L. Th. Maes, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht bijdrage tot de rechts- en cultuurgeschiedenis der Nederlanden*, Antwerpen, De Sikkel, 1947, 177-187.

19 J. Monballyu, *Van hekserij beschuldigd. Heksenprocessen in Vlaanderen tijdens de 16e en de 17e eeuw*, Kortrijk-Heule, 1996, 84; L. Th. Maes, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht,* 401-403.

20 Zie J. Monballyu, Heksen in Vlaanderen, <*www.kuleuven-kulak.be/facult/rechten/monballyu*>.

21 R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht*, 203-209; L. Th. Maes, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht,* 459-461.

22 A. Verheyden, "Le protestantisme", 8 spec. vn. 2.

vluchtweg is waarlangs de protestanten zich met hun bezittingen mee in Engeland in veiligheid kunnen brengen.[23]

Als bijkomende straf wordt ook nog *het voorste van de tong doorboord met een gloeiend ijzer*. Deze straf is algemeen verspreid in West-Europa.[24] Van Caenegem schrijft dat de grote steden een opvallende afkeer hebben voor de toepassing van bloedige straffen op hun poorters. De verminking van de tong zou pas laat in de 14e eeuw opduiken in de stadsrechten.[25] In Frankrijk werd ze in 1330 ingevoerd door Philips VI.[26] Het doorboren van de tong is in deze vorm een sterke afzwakking van het oudere brutaal uitrukken van de tong,[27] het afsnijden of "inkorten" van de tong. De straf kan ook de vorm aannemen van splitsen van de tong of het doorboren of splitsen van de lippen en, bij herhaling, tot de wangen toe.[28] In een ordonnantie van Lodewijk XII in Frankrijk uit 1511 wordt gesproken van afsnijden van de lip(pen) "de sorte que les dents apparaissent".[29] In Friesland zou in 1571 de beul bevel gekregen hebben om de mond van Anneken Hendriks, een aanhangster van de anabaptisten, vol te stoppen met buskruit vooraleer haar op de brandstapel te brengen.[30] Wie in de middeleeuwen een gezagspersoon beledigde kon worden veroordeeld om een bronzen of zilveren afgietsel van het eigen hoofd te laten maken, met een ring door de lippen.[31]

De straf kon worden opgelegd als een zelfstandige straf of als bijkomende straf zoals hier. Ze wordt toegepast voor misdrijven die met de tong gepleegd worden: godslastering en ketterij, lichtvaardig zweren, aanzetten tot oproer, schepenen die een vals vonnis

23 A. Verheyden, "Le protestantisme", 5-7.

24 R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht*, 193-194; K.J. Frederiks, *Het Oud-Nederlandsch Strafrecht,* dl. I, Haarlem 1918, 394-395; E.J.M.F.C. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht. Een inleiding*, Apeldoorn – Antwerpen, Maklu, 2012, 115; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal,* 320-321, 329-331; H. Duvillaret, *Essai sur le droit pénal en Savoie,* 161, 179.

25 R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht*, 193-194, 200-201.

26 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal*, 329-330. De Franse koning introduceert een gradatie voor recidive: bovenlip, onderlip, tong; zie ruimer: J. Hoareau-Dodinau, *Dieu et le Roi. La répression du blasphème et de l'injure au roi à la fin du Moyen Age (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique de Limoges.* 8), Presses universitaires de Limoges, 2002, 84-113.

27 Deze gruwel krijgt een bijna komisch effect in de afbeelding daarvan bij J. De Damhouder, *Practycke ende handbouck in criminele zaeken*, Leuven 1555, 81, anastatische herdruk met toelichting J. Dauwe en J. Monballyu, Roeselare, De Wyngaert, 1981.

28 J. De Damhouder, *Practycke ende handbouck in criminele zaken*, 83; J. Imbert en G. Levasseur*, Le pouvoir, les juges et les boureaux. 25 siècles de répression*, Parijs, Hachette 1972, 277.

29 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal*, 330.

30 *<http //nl.wikipedia.org/wiki/Anabaptisme>*. Op sommige plaatsen werden, om het kwaad en de duivel uit te drijven, enkele zakjes buskruit op de borst van de veroordeelde gebonden, L. Maes, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht*, 402.

31 Een voorbeeld is bewaard voor Veurne en Brugge: P. De Win, *De schandstraffen in het wereldlijk strafrecht in de zuidelijke Nederlanden van de middeleeuwen tot de Franse tijd bestudeerd in Europees perspectief (Verhandelingen van de Koninklijke Vlaamse Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België. Klasse der Letteren.* Jg. 53. nr. 139*),* Brussel 1954; F. Van Molle, "Koperen koppen en vuisten in het oude Vlaamse strafrecht", in *Antiek* 9 (1974-75) 141-166, overgenomen in *Artium Minorum Folia Lovaniensia*, nr. XV, 1974.

vellen, valse getuigen, beledigen van een overheidspersoon, laster.[32] In de zaak van Coeman geldt het doorboren van de tong als bijkomende straf, duidelijk ook bedoeld als afschrikking voor het met de mond belijden, het verkondigen van de nieuwe religie. In de repressie van het opkomend protestantisme blijkt de straf nog meer te zijn toegepast. Ze wordt bij ons ondermeer nog gesignaleerd in Luik (1536).[33] Een bevlogen ketter kon soms tot op de brandstapel luidkeels zijn geloof blijven belijden. Om een dergelijk incident bij de terechtstelling te voorkomen beval een rechter in Savoie in 1550 dat de tong zou worden afgesneden voor de veroordeelde de gevangenis zou verlaten.[34] Het is daarmee ook duidelijk dat de symbolisch geladen straf in principe en logischerwijze in het publiek, "elcken tot exemple", werd toegepast. De straf valt in onbruik in de 18e eeuw. Carbasse signaleert voor 1766 in Bourgondië een geval van uitvoering "par simulacre", waarbij de beul het laat bij een beweging met de hand voor het gezicht van de veroordeelde.[35]

4. Strafmaatregelen op maat: van openbare bede om vergiffenis, over huisarrest, tot verbanning "ten eeuwighen daeghe"

Een koppige ketter kan je op de brandstapel brengen. Maar wat doe je met iemand die het nieuwe geloof beleeft, mogelijks zonder al te veel propaganda, maar al twee jaar niet meer te biecht en te communie is geweest? Jan van den Brouck wordt op die gronden op 16 februari 1569 veroordeeld tot een openbare bede om vergiffenis, in het strafrecht van toen "amende honorable" genoemd.[36] Blootshoofd en zonder gordel moet hij voor de vierschaar verschijnen en, op beide knieën gezeten, met een wassen kaars van een half pond in de hand vergiffenis vragen aan God in de hemel, de koning en de magistraat ("in ghebannen vierschare"). Hij moet de kaars naar de kerk dragen, de eerstvolgende zondag te biecht en te communie gaan en vervolgens tot de zondag na Pasen *(Quasimodo)* elke zondag de hoogmis bijwonen. Hij betaalt de kosten van het proces en moet een gift van zes ponden ten voordele van de armen doen.[37] Hem wordt opgelegd "van nu voorts hem catholycke te draeghen, up peyne van te vallen in de peyne van de mandementen 's Conynx ende dit uut zonderlinghe gratie".[38] De bestanddelen van deze "amende

32 R.C. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht*, 194; J. Monballyu, *De schepenrechtspraak te Kortrijk. Organisatie – Bevoegdheid. 1540-1600*, Leuven 1973, 162, 182; F. Vanhemelrijck, *De criminaliteit in de ammanie van Brussel,* 227.

33 J. Meyhoffer, *Le Martyrologe protestant des Pays-Bas. 1523-1597. Etude critique*, Société d'Histoire du Protestantisme belge 1907, 170; ook H. Duvillaret, *Essai sur le droit pénal en Savoie,* 179.

34 H. Duvillaret, *Essai sur le droit pénal en Savoie,* 179.

35 J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal*, 295; zie voor het symbolisch uitvoeren van de doodstraf in de 18e eeuw: E. Broers, *Geschiedenis van het straf- en schadevergoedingsrecht,* 84.

36 L. Maes, *Vijf eeuwen stedelijk strafrecht,* 433-435.

37 Hier zal het armenbestuur bedoeld zijn, J. Van Den Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd*, 55 (vn. 44).

38 A. Verheyden, "Le protestantisme", 15-16; F. Vallaeys, "Twee geuzenprocessen te Lombardzijde", *Graningate* 7 (1987) 69-72. Lombardsijde viel onder de rechtsmacht van de schepenen van Nieuwpoort, maar had een eigen baljuw behouden.

honorable" komen overal vergelijkbaar terug.[39] Wie tot inkeer komt kan de zwaardere straffen van de plakkaten ontlopen.

Dezelfde 16e februari 1569 verschijnt Jan Bertheloos voor de vierschaar omdat hij 40 brieven, waarvan enkele erg belastend voor de openbare orde, van "quaetwilleghe sectarissen uut Inghelandt" heeft overgebracht en hagepreken heeft bijgewoond ("te hooren ten Haghedoorne zeker vermaenynghe van de nieuwe predicatie contrarie het placcaet van der Majesteyt"). Hij moet God, heer en magistraat publiekelijk ("voor justicie in opene caemre") vergiffenis vragen en wordt veroordeeld tot wat kan worden begrepen als drie jaar huisarrest: "confinieren hem drie jaeren in de plaetse van synder residencie", op straf van een half uur op het schavot geplaatst en er gegeseld te worden.[40] Het huisarrest moet hem verhinderen om nog verder hagepreken te gaan bijwonen en hem beletten besmette contacten te onderhouden. Bij de registratie van alle woningen met eigenaars en huurders met het oog op het heffen van de tiende penning in 1576 komt de naam Bertheloos niet meer voor.[41] Wellicht heeft hij, zoals zovele andere hervormingsgezinden, de wijk genomen.

Jan Vigoureux en zijn vrouw krijgen op 3 juni 1573 voor drie jaar verbod om zonder uitdrukkelijke toestemming de stad te verlaten. Zij moeten zich te allen tijde ter beschikking houden om zich te verantwoorden. Motief voor de veroordeling is het onderdak verleden aan een groep opstandelingen uit Diksmuide die plannen zouden hebben gesmeed om de stad in te nemen. De feiten moeten aan het licht gekomen zijn bij de arrestatie van meerdere rebellen die verontrustende bekentenissen over plannen van gewapend verzet en opstand hadden afgelegd.[42] In het vonnis van Vigoureux wordt genoteerd dat de opstandelingen drie of vier pistolen bij hem hadden achtergelaten, die hij verborgen in een mand vis naar Hondscote heeft gezonden. Bovendien hebben beiden dit jaar hun Pasen niet gehouden "ghelyck goede catholycke menschen behooren van doennen". Zij moeten daarvoor publiekelijk, geknield met een kaars in hun handen vergiffenis vragen en binnen de acht dagen de sacramenten ontvangen. De man moet voortaan elke zondag en misdag de hoogmis bijwonen en daarbij te vinden zijn in het Sint Sebastiaanskoor van de kerk.[43] De schepenen maken hier, zoals in het vorige geval,

39 Zie bv. J. Monballyu, *De schepenrechtspraak te Kortrijk,* 160.

40 A. Verheyden, "Le protestantisme", 6-7 en 16-17 (document). De baljuw mag zich om reden van frequente ambtelijke afwezigheden laten vervangen op voorwaarde dat hij "zyne ordinaire residentie zoude blyven houdene binnen der stede" zo beslist het schepencollege op 18 december 1579; L. Gilliodts – Van Severen, *Coutumes des Pays et Comté de Flandre. Quartier de Furnes. Coutumes de la ville et du port de Nieuport*, Brussel, 1901, 375.

41 Zie G. Dalle, "Nieuwpoort 1756-1601. Topografie van armoede en rijkdom", *Handelingen van het genootschap voor geschiedenis*, 124 (1987) 191-258 en 125 (1988) 153-179.

42 Over deze mislukte aanval op de stad: D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd*, 22-28; ID., "Vier rebellen voor de Nieuwpoortse schepenbank. April 1573", *Westhoek. Genealogisch Jaarboek (Dikkebus)*, 4 (1987) 7-16 (met procesdocumenten) (niet beschikbaar); A. Verheyden, "Le protestantisme", 9.

43 A. Verheyden, "Le protestantisme", 22-24 (document).

toepassing van wat Damhouder "de banning in der stede noemt".[44] De baljuw vorderde als officier van justitie confiscatie van hun bezittingen. De uitspraak is veel milder. Er was blijkbaar hoop om de dwalenden terug op het rechte pad te krijgen door hen in de gemeenschap te houden en ze, zij het wat prangend, te omarmen.

In het kleine dossier van Verheyden komt ook het geval voor van Abel Hooft die als kolvenier belast was om twee mannen die gedagvaard waren om te verschijnen voor de Raad van beroerten, naar Brussel te brengen. Hij had de gevangenen echter, aldus het vonnis, onvoldoende zorgvuldig bewaakt en die "laeten ontlopenen". De stad maakte hij wijs dat hij de gevangenen bij de raad had overgeleverd en hij liet zich bovendien loon en onkostenvergoedingen uitbetalen. De veroordeling van 15 april 1569 verplichtte hem om publiek vergiffenis te vragen, waarna hij "openbaerlick up een stallaige" gegeseld zou worden "up syn naect lyf totten bloede". Voor zonsondergang ("binnen zonneschine") moest hij dan voor vier jaar de stad verlaten, op straf van een verbanning voor tien jaar uit het gehele graafschap Vlaanderen.[45]

Een wel heel bijzondere verbanning verdient nog even de aandacht. In de tweede helft van de periode van de Hollandse bezetting (1576-1583) in uitvoering van de Pacificatie van Gent (supra) kwam Nieuwpoort steeds duidelijker onder de invloed van de hervormers te staan. De verhoudingen werden geleidelijk aan meer op scherp gesteld. Op een bepaald ogenblik (1580?) werd pastoor de Waele in een bootje zonder zeil of riemen en voedsel aan de zee overgeleverd. Maar het bootje liep vast op het strand van het naburige Lombardsijde. Een tweede poging om hem nu in een lekgeslagen boot de zee in te drijven mislukte door toevallige omstandigheden. Het ging hier niet om een maatregel van een protestants bestuur maar van heethoofdige reformatoren die de pastoor tweemaal 's nachts ontvoerden.[46] Geen verbanning dus. Wel merkwaardig is dat de opposanten teruggrijpen naar wat in Germaanse legenden en in het primitieve Germaanse recht uitdrukkelijk als een wijze van uitvoeren van de doodstraf bekend was. Ze is nog in de late middeleeuwen in Beieren betuigd.[47]

De verbanning tot buiten de grenzen van het ambtsgebied van de schepenbank heeft een erg beperkte draagwijdte. Historici wijzen er ook op dat deze maatregel als nadelig gevolg had dat zich aan de grenzen van de stad een bevolkingsgroep ophield met alles behalve goede reputatie. In de context van de repressie van de reformatie was het effect van de maatregel zeker ook bedenkelijk. Eigenlijk werden de problemen op die manier naar de buren doorgeschoven. Bij afwezigheid van de gevangenisstraf bleef dit nog lange tijd een structureel probleem in het strafrechtsysteem, waarin de verbanning – in de

44 "Inde stede bant men den ghuenen die betere zijn daer inne te blyvene want zij buyten zynde de stede schaedelick mochten wesen. Buuter stede bant men den ghuenen die betere buyten zijn dan binnen." J. De Damhouder, *Practycke ende handbouck in criminele zaeken*, 78.

45 A. Verheyden, "Le protestantisme", 17-19 (document).

46 R. Dumon, *Geschiedenis van Nieuwpoort*, 376.

47 K. Van Amira, *Die germanischen Todesstrafen,* 144-147. In de context van de reformatie moet zich in Frankrijk ook voorgedaan hebben dat een pastoor die een groep van zijn gelovigen de sacramenten weigerde, op dezelfde manier werd "gestraft".

middeleeuwen met de variant van de strafbedevaart – een centrale rol bleef spelen.[48] De strijd tegen de reformatoren gaf aan de verbanning een nieuw en fors impuls. De Raad van beroerten maakte zeer frequent gebruik van de verbanning buiten alle rechtsgebieden van de Koning. De talloze verbanningen en de vrees voor verdere effectieve vervolging bracht landelijk een stroom van vluchtelingen teweeg, ondermeer naar Engeland en de Duitse gebieden onder protestants gezag. De Raad van beroerten sprak voor zes inwoners van Nieuwpoort de verbanning uit.[49]

De hierboven beschreven praktijk van de schepenbank in Nieuwpoort geeft een inzicht hoe op het microniveau met de problematiek van de "ketterij" werd omgegaan. Men voelt er de zorg in doorklinken voor de beïnvloedbare middengroep die gezagdragers en kerkelijke verantwoordelijken proberen terug te winnen, een groep waar hedendaags onderzoek ook grote aandacht aan besteedt. Op het macroniveau kan ook worden verwezen naar de opeenvolgende maatregelen van "generaal pardon" die tussen 1529 en 1574 alles samen met beperkt succes werden toegepast. Ze bleven, aldus V. Soen, "in de schaduw van de kettervervolging" die met wisselende intensiteit werd doorgevoerd.[50]

In het vonnis van Jan Coeman die op grond van zijn ketterse opvattingen op de brandstapel eindigt, komt geen verwijzing naar een inbreng van de kerkelijke autoriteiten voor. Een grondiger onderzoek van het strafdossier zou wellicht meer aan het licht brengen. De kerkelijke inquisiteur was in elk geval ook in Nieuwpoort actief zoals blijkt uit een veroordeling bij verstek "in t fait van haeresie". Wellicht in 1572 wordt Guillaume Albrecht veroordeeld "ghesien oock de informatie in de zaeke beleet, ende byzondere die sententie vanden inquisiteur vanden kersten ghelove".[51] Toch verdient aandacht wat Damhouder daarover in 1555 schrijft. Het onderzoek naar de ketterij gebeurt in principe door de kerkelijke autoriteit, de wereldlijke is belast met de uitvoering van de straf, zo stelt Damhouder. Maar hij gaat verder: "Nochtans heeft ons de coustume ende usantie tegenwoordich daer toe ghebrocht, dat alle weerlicke iugen ghemeenlick niet alleene an en nemen ofte anveerden dexecutie, maar oock kennisse van zaeken ende tprononchieren vander sentencie in crime van kerkcke."[52] "Alle weerlicke jugen": hoewel ketterij net als hekserij als een vorm van goddelijke majesteitsschennis werd aangezien, was het misdrijf toch niet voorbehouden aan de Raad van Vlaanderen als hogere rechter. Die zaken werden op het niveau van de schepenbanken behandeld.[53]

48 J. Monballyu, *Zes eeuwen strafrecht. De geschiedenis van het Belgisch strafrecht (1400-2000),* Leuven-Den Haag, Acco, 2006, 140.

49 D. Van Der Bauwhede, *Nieuwpoort in de geuzentijd*, 20.

50 V. Soen, "De reconciliatie van "ketters" in de zestiende-eeuwse Nederlanden (1520-1590), *Trajecta*, 14 (2005) 359; ook V. Soen, *Geen pardon zonder paus! studie over de complementariteit van het koninklijk en pauselijk generaal pardon (1570-1574) en over inquisiteur-generaal Michel Baius (1560-1570)*, Brussel, Paleis der Academiën, 2007.

51 L. Gilliodts – Van Severen, *Coutumes de la ville et du port de Nieuport*, 353.

52 J. De Damhouder, *Practycke ende handbouck in criminele zaken*, 83-84; zie ook J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal,* 170, 329-332.

53 J. Monballyu, *De schepenrechtspraak te Kortrijk*, 211; ID., *Van hekserij beschuldigd*, 15-18, 97 (spec. over hekserij).

5. De tong van Johannes de Doper doorboord

Het verhaal van de onthoofding van Johannes de Doper is bekend. Omdat hij Koning Herodes verweet samen te leven met Herodias, de vrouw van zijn broer, werd Johannes ter gelegenheid van een groot feest onthoofd. Op aanstoken van haar moeder Herodias vroeg Salomé aan Herodes de onthoofding als beloning voor haar danskunsten. Zij bracht het hoofd op een schotel naar de feesttafel.[54] De onthoofding zelf en het aanbieden aan Herodes van het hoofd op een schotel werden tientallen malen in de schilderkunst in beeld gebracht. In de parochiekerk van Nieuwpoort was er tot aan WO I een altaarstuk dat de tafelscène van het aanbieden van het hoofd op een schotel voorstelde. Het was het werk van een zekere Antoine Ferrer en moet uit het einde van de 16e, eerste helft van de 17e eeuw, stammen.[55] Het doek vormde oorspronkelijk het middenstuk van een drieluik dat verder de marteling van Sint Sebastiaan voorstelde die met pijlen werd doorboord en dezelfde heilige stervend en ondersteund door engelen.[56] In de tweede helft van de 18e eeuw beschreef J. Descamps die op een rondreis door Vlaanderen en Brabant waardevol geachte schilderwerken inventariseerde, het doek als "un bon tableau, usé et gâté". Vooral merkwaardig is zijn korte beschrijving van de voorstelling: "Le Tableau d'Autel, à côté du Choeur, représente Hérodiade *qui perce la langue de Saint Jean* dont elle porte la tête."[57]

De legende van het doorsteken van de tong van Johannes gaat ver terug. Sint Hieronymus (340-420) schrijft dat Herodias zo haar woede koelde op het afgehouwen hoofd.[58] Hij verwijst daarbij ook naar het voorbeeld van Fulvia, de echtgenote van Marcus Antonius, die na de onthoofding van hun politieke opponent Cicero, diens tong met haar haarspelden zou hebben doorprikt, zoals althans door de Romeinse geschiedschrijver Cassius Dio wordt aangehaald.[59] Het verhaal van Hieronymus wordt in de middeleeuwen weer opgenomen in de mysteriespelen. Het is er een variant op het meer voorkomende uithalen met een mes, waardoor Herodias het voorhoofd van Johannes verwondt.[60]

Het thema lijkt vrij laat in de beeldende kunst op te duiken. De Nederlandse schilder Pieter de Gelder geeft er een voorstelling van "Herodias en Salome met het hoofd van Johannes de Doper" (ca. 1620). Herodias prikt geconcentreerd met een vork in de tong,

54 Mc. 6, 14-20, Mt. 14, 1-12.

55 Uit onderzoek van Robrecht Janssen (KU Leuven) is gebleken dat we over deze Antoine Ferrer niet meer weten dan wat J. Descamps er over schrijft (zie *infra*).

56 In het altaarstuk was het centrale doek in 1679 vervangen door een voorstelling van de vrijkoop van slaven door de Trinitariërs. In 1904 was het nog afzonderlijk opgehangen in dezelfde zijkapel van Sint Sebastiaan; zie C. Wybo, *Nieuport ancien et moderne*, Rijsel-Parijs-Brugge, 1904, 84. Het moet in WO I verloren gegaan zijn.

57 J.B. Decamps, *Voyage pittoresques de la Flandre et du Brabant. Avec des Reflections relativement aux Arts & quelques Gravures,* Amsterdam 1772, 272 (cursivering toegevoegd).

58 B. Baert, "The *Johannesschüssel as Andachtsbild*. The Gaze, the Medium and the Senses", *Archaeus* XV (2011) fasc. 3, p. 222 en 235.

59 "*Fecerunt haec et Fulvia in Ciceronem, et Herodias in Joannem quia veritatem non oterant audire, linguam veriloquam discriminali acu confoderunt*." Hieronymus, *Apologia contra Rufinum*, PL, 23, col. 510; Cassius Dio, *Historia Romana*, 47.8.4.

60 Zie B. Baert, *Caput Johannis in disco (Essay on a Man's Head) (Visualising the Middleages. 8)*, Leiden-Boston, Brill, 2012, 95.

terwijl Salome met afkeer half de ogen sluit.[61] Van P.P. Rubens is een doek bekend waarop Herodias met een duivelse voldoening met haar vork steekt naar de tong van het hoofd op de schotel. Meesterlijk is de wijze waarop Rubens weergeeft hoe Herodes, die de trekken van de schilder meekreeg, in afschuw bevriest.[62]

In de cataloog van het "Wellcome Institute for the History of Medicine" in Londen wordt het doek van Pieter de Gelder gezien als "an example of curious methods of torture and execution (one of the original subjects specified for inclusion in the Wellcome collections), and of the abuse of body-parts".[63] Men kan zich afvragen of dit, zeker wat de tortuur betreft, terecht is. Er zijn ons geen aanwijzingen bekend dat de strafrechtelijke traditie van het doorboren van de tong en anderzijds het doorprikken van de tong van Johannes elkaar ontmoet of beïnvloed hebben. Het lijkt ook voor Nieuwpoort eerder toeval dat beide tradities in de 16e eeuw hier samen voorkomen. In de kerk werd de scène van het aanbieden van het hoofd op de schotel met het doorprikken van de tong afgebeeld op doek. Op het rechterzijluik wordt Sint Sebastiaan voorgesteld die door de pijlen van zijn vijanden wordt doorzeefd. Ook dit is een religieus en (kunst)historisch thema, geen weergave van een strafrechtelijk gegeven. Dat de straf van het doorboren van de tong in Nieuwpoort wordt toegepast kan niet verwonderen. Ze heeft in de context van de kettervervolging wellicht een opleving gekend. Bovendien heeft de stad de kwalijke reputatie nog zeer laat een strenge heksenvervolger te zijn geweest en het harde lijfelijke strafrecht lang te hebben recht gehouden.[64] Johannes de Doper anderzijds was er prominent aanwezig. De jaarmarkt en de jaarlijkse ommegang vielen er samen met diens feestdag op 24 juni. In die processie voerde de gilde van de vissers een walvis aan waarop Neptunus zat. De gilde van de schippers – de eigenaars van de vissersboten, de (rest van de) bemanning behoort tot de vissers – beeldde geen thema rond de visserij of de scheepvaart uit, maar de onthoofding van Johannes de Doper.[65] Ook sommige andere gilden kwamen niet met een beroepsgebonden, maar met een Bijbels thema naar voren. Toch zou er een bijzondere band tussen De Doper en de visserij en scheepvaart kunnen zijn.[66]

61 Bewaard in het "Wellcome Institute for the History of Medicine" in Londen en gedateerd ca. 1620.

62 "Het festijn van Herodias", 1633, National Gallery of Scotland, Edinburgh. Dit thema werd herhaaldelijk door Rubens behandeld; zie M. Rooses, *L'oeuvre de P. P. Rubens. Histoire et description de ses tableaux et dessins,* dl. 2, Antwerpen 1888, 11-17. Er is o.m. een voorstelling waar een oude vrouw Herodias, die zich vol afschuw afwendt, uitnodigt om de tong te doorsteken. In het Schotse doek heeft Herodias haar afkeer overwonnen, maar keert Herodes zich af. Het lijkt wel een vervolgverhaal.

63 *http //catalogue.wellcomelibrary.org/search/o44824i.*

64 Op 30 juni 2013 verleende het stadsbestuur eerherstel aan 21 wegens hekserij en ketterij in de 17e eeuw in de stad verbrande personen.

65 "De gulde der schippers verbeelden de onthoofdinge van de heijligen Joannes, met maegdekens en ander eere tekens." J.B. Rybens & TH. De Roo, *Beschryving der stad ende haven van Nieuport in het Graefschap Vlaenderen, benevens alle de merkweerdigheden er in begrepen, voorgevallen zoo binnen deze stad, als in de omliggende plaetsen ende landen ca 1770-1876 (Heemkring Bachten de Kupe. Dokumenten.* 10/9), Nieuwpoort 1966, 10.

66 De bloeiende schuttersgilde van Sint Sebastiaan zal vermoedelijk een band gehad hebben met het altaarstuk. Of de schippers ook met het centrale doek in verband kunnen worden gebracht is veel minder zeker.

In de late middeleeuwen ontstond een gebruik om afbeeldingen te maken van alleen maar het hoofd op de schotel. Het duikt op in de schilderkunst maar ook in de beeldende kunst: hout, steen, edelmetaal, maar ook papier-maché. Barbara Baert onderzocht grondig deze traditie van het *Caput Johannis in disco* en legt er de diepere antropologische wortels van bloot. De schotel functioneert ondermeer als een kwaad afwerend *apotropaion*.[67] Voor onze bijdrage is de aanwending als "gebruiksvoorwerp" interessant. Een schotel die in zee geworpen werd, zou blijven drijven boven de plaats waar recent een visser of zeeman omgekomen was.[68] Het minste dat kan worden gezegd is dat daarmee een intrigerende context wordt gesuggereerd voor de uitbeelding van de onthoofding van Johannes door schippers in de jaarlijkse processie en voor het schilderij met de presentatie van het hoofd op de schotel in de kerk van de havenstad Nieuwpoort. Het geheel is ontgetwijfeld onderdeel van het diepgewortelde volksgeloof in de bijna magische kracht van De Doper. Het volksgebruik om donder en bliksem af te weren door het bidden van de proloog van het Johannesevangelie dat tot ver in de 20e eeuw stand hield, is er een late uitloper van.

In enkele protestantse mysteriespelen in Duitsland komt de figuur van Johannes de Doper naar voor als het prototype van de gereformeerde gelovige die moedig tegen de machtigen in, voor zijn geloof opkomt. Zo zou de protestants geworden pastoor Gerengel die in de gevangenis een Johannesspel redigeert (1551-1554), zijn strenge behandeling beleefd hebben als "ein zweites Johannesschicksal".[69] De beschuldigde van ketterij wordt de ware gelovige. Die de waarheid spreekt wordt gestraft. Dat was ook het lot van Johannes. En van Cicero. Zij het dat in beide gevallen het doorprikken van de tong het werk is van een passioneel betrokken vrouw. Wat uit de individuele passionele sfeer opborrelt blijkt ook zijn weg te hebben gevonden naar een maatschappelijk aanvaarde vorm van bestraffen van kwaad dat met de tong is bedreven. Het doet denken aan wat R. Van Caenegem schrijft over de ontwikkeling van het strafrecht in Vlaanderen: "Bij de terechtstelling van de verraders van Karel de Goede heeft het volk spontaan allerlei straffen toegepast die, dit kan geen toeval zijn, gepaard gaan met allerlei gebruiken die men op grond van rechtshistorische vergelijking slechts door oude tradities kan uitleggen en niet door bewuste strafpolitiek, zodat ze de stelling van het voortleven der oude Germaanse executieritussen als 'Vulgarrecht' bevestigen".[70] Mag in het Nieuwpoort van de 16e eeuw het in zee drijven van de katholieke pastoor in een bootje zonder zeil en riemen begrepen worden in hetzelfde licht van een onbewust voortleven van een oeroude vorm van bestraffing? Dat voortleven is wellicht des te aannemelijker wanneer het appelleert aan antropologisch diepgewortelde gedragingen en impulsen. Het doorprikken van de tong van de "kwaadspreker" blijkt daar als "spiegelende straf" een onderdeel van te zijn. Als zou blijken dat de legende van Herodias en het doorboren van de tong van de

67 B. Baert, *Caput Johannis in disco (Essay on a Man's Head) (Visualising the Middleages.*8*)*, Leiden-Boston, Brill, 2012.

68 B. Baert, "The *Johannesschüssel*", 224, n. 16.

69 O. Thulin, *Johannes der Täufer im geistlichen Schauspiel des Mittelalters und der Reformationszeit, s.l.*, 1930, 123. Johannes de Doper was, aldus Thulin "für die Protestanten als der Führer zum Evangelium, der in Luther wiedererstanden zu sein schien" (*id*. 123).

70 R. Van Caenegem, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen*, 172.

Doper pas in de 16e eeuw in de schilderkunst opduikt, dan rijst de intrigerende, wellicht niet te beantwoorden vraag of het teruggrijpen naar deze maatregel voor de bestraffing van "ketters" daartoe kan hebben bijgedragen.

Abstract

The harbor city of Newport on the Flemish coast was, at the time of the reformation in the sixteenth century, a turning place for oppressed adherents of the "new religion" searching protection for themselves and their fortunes in protestant England, and "heretics" returning from England with secret correspondence, suspected books and even weapons. The repression could be severe: the tongue pierced with a glowing bar, death at the stake followed by exposure of the corpse at the gallows, and confiscation of all possessions. Fortunately there was also a wide range of other penalties ranging from house arrest to lifelong banishment from all countries ruled over by the Spanish king. At that time there was in the church of Newport an altarpiece representing the presentation to King Herod of St. John's head on a plate during a banquet in the king's palace. A striking detail: Herodias was piercing John's tongue with a fork, in accordance with a legend going back to St. Jerome. This legend was taken up in medieval mystery plays and finally even found its way to the art of Rubens himself. The link between civil penalty and legend seems to be limited to the archeology of psychological structures and reflexes.

THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF GROUNDS FOR DIVORCE IN THE FRENCH AND DUTCH CIVIL CODES

Emese von Bóné*

1. Introduction

This contribution for Laurens Winkel, my colleague at the Erasmus School of Law at the Erasmus University of Rotterdam, deals with the grounds for divorce in the French Civil Code and in the Netherlands. In May 2013, together with Laurens, I attended the Conference of the Southern African Society of Legal Historians, where I presented a paper on divorce and discussed the subject with Laurens. That is why I would like to dedicate to him the lecture I gave in South Africa.

Even in ancient times in Rome, there were several grounds for divorce. Some of those will be discussed in this contribution, as will the grounds mentioned in Hugo Grotius' *Introduction to Dutch Law* and the proposal made by the Dutch lawyer Joannes van der Linden, who in 1806 proposed a Dutch Civil Code. All these sources will be examined to determine whether these divorce grounds became part of the Dutch Civil Code in 1838. Because the French Civil Code was introduced into the Netherlands in 1811, when the Netherlands became a part of the French Empire, the grounds for divorce in that Code will also be discussed in this contribution. The French Civil Code was in force in the Netherlands for twenty-eight years. Even after the French were defeated at the battle of Waterloo and left the Netherlands, their Code remained in force there. For political reasons the Netherlands introduced its own national Civil Code only in 1838.

The grounds for divorce in the French Civil Code were adultery (*adultère*; art. 229 & 230 CC fr), exorbitance (*excès*), cruelty (*sévices*) and insult or outrage (*injures graves*; art. 231 CC fr). Divorce was also possible if one of the spouses was sentenced to a severe penalty (art. 232 CC fr). In this contribution, some divorce cases of a district court in the Netherlands will be examined to illustrate how the French Civil Code was applied in the Netherlands.

* Assistant Professor, Erasmus University Rotterdam, Netherlands.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 1006-1014

2. Divorce in ancient Rome

In classical Roman law dissolution of the marriage (*cum manu*) was possible. Roman sources refer to a number of causes of divorce. In *Roman Antiquities* (2.25.5) of Dionysius of Halicarnassus, published in 7 B.C., we read that drinking wine induced women to commit adultery. Cato mentions that drinking wine was "adjudged" as serious as adultery (*adulterium*[1]). If a woman was condemned for one crime, she was automatically convicted of other crimes too. Thus, a woman accused of immoral or obscene behaviour was also accused of mixing poison. The wife was found guilty of acts that infringed on the purity of the marital relationship, such as drinking alcohol, leaving the marital home without her husband's knowledge, vice and adultery, even when she had played a passive part.

In Roman law, if the wife had committed adultery, one of the husband's obligations was to call together a family council (*iudicium domesticum*) before executing the prescribed punishment.[2] An early reference to the summoning of a family council is that of Dionysius of Halicarnassus (born in 60 B.C.) in his *Roman Antiquities* (2.25.5), using the word *συγγενεῖς*. There Dionysius tells us that Romulus, the founder of Rome, gave the father of the family the right to kill his children and his wife if the wife had committed adultery or drunk wine. According to this source, the husband was assisted by a type of family court.[3] So he had to pronounce judgement and decide on the punishment his wife should receive together with family members. He had absolute power in such a case.

Sources dating back to the Roman Republic and the beginning of the Roman Empire mention that women were judged by their relatives (*propinqui* and *cognate)* in criminal and public cases. It was the *pater familias* who was allowed to assemble the family council. He had *patria potestas,*[4] which was always of great importance in Roman law:[5] we still find traces of the *patria potestas* in the first Dutch codification that followed on the French Civil Code of 1804. In the Roman Republic the *pater familias* could not exercise his power arbitrarily but had to obtain advice from a *consilium domesticum.*[6] The *pater familias* retained this power until the period of the Roman Empire.[7]

1 Gell. 10.23.

2 E.K.E. von Bóné, "The Roman family court (*iudicium domesticum*) and its historical development in France and the Netherlands", in: *Osaka University Law Review* 60/Feb. (2013) pp. 25-44.

3 *Leges Regiae* 1.8 (Dion. Halic. 2.26.27). See Santaluccia's reference to "leges regiae", in: B. Santaluccia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, 2 ed., Milano 1998, p. 5 n. 5. According to him "la legge, attribuita a Romolo, che concede al marito, assistito dal *consilium* domestico, di punire con la morte l'adulterio o altra colpa grave della moglie".

4 M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1, 2 ed., München 1971, p. 58; M. Kaser, "Der Inhalt der 'patria potestas'", in: *ZSS* 58 (1938) pp. 62-87.

5 L. Capogrossi Colognese, "La famiglia romana, la sua storia e la sua storiografia", in: Mefra 1221/1 (2010) pp. 146-174.

6 W. Kunkel, "Das Konsilium im Hausgericht", in: *Kleine Schriften*, Weimar 1974, pp. 117-149. This article is also published in *ZSS* 83 (1966) pp. 219-251. For a different opinion see, also, E. Volterra, "Il preteso tribunale domestico in diritto romano", in: *Scritti Giuridici* II. *Famiglia e Successioni* [Antiqua 58], Napoli 1991, pp. 127-177, also published in *RISG* 85 (1948) pp. 103-153.

7 M. Kaser, *Das römische Privatrecht* 1 cit., p. 60.

3. The grounds for divorce in Hugo Grotius' *Introduction to Dutch Law*

In Hugo Grotius' *Introduction to Dutch Law*, which he wrote in 1619 during his captivity in the prison of Loevestein castle, not far from Rotterdam, Grotius defines marriage as follows: "het huwelijk is een verzameling van man ende wijf tot een gemeen leven medebrengende een wettelick gebruik van malkanders lichaem" which means that marriage allows the parties to live together as husband and wife and to have the legal use of each other's bodies. Grotius also gives a description of the position of married women: "der wijven geslacht heeft, als kouder en vochtiger, minder bequaemheid tot zaken, verstand vereisschende, als't gheslacht der mannen, zoo is het mannelick gheslacht genoegzaem aengeboren eenig opperheid over de wijven" placing men in a position inherently superior to that of their wives.[8] According to Grotius, wives had to obey their husbands; but cruelty towards them was strictly forbidden and a husband risked punishment if he treated his wife cruelly. The only possible reason to dissolve a marriage was adultery or *desertio religionis causa* or *malitiosa desertio*, in other words, abandoning the marriage *matrimonium consummatum*. Here the influence of canon law may be seen. In Matthew 5:32 and Matthew 19:9 it was stated that dissolution of marriage was possible if there had been adultery, and in such a case remarriage was allowed.[9] In certain cases "scheidinge van de by-wooning" (separation) was possible (par. 18).[10] Here, too, the influence of canon law may be seen. The marriage continued but the duty to live together came to an end.[11] Separation was a temporary measure. The judge could allow separation if there was the possibility of reconciling the parties.[12]

Van Bynkershoek in his *Quaestiones juris privati* declares that separation is allowed if there is a serious reason for it. In general, consent by both parties was not an adequate reason for separation. Husband and wife could agree in a special contract to separate, but then also had to obtain the consent of the Supreme Court, which during the time of the Dutch Republic was the Hoge Raad van Holland en Zeeland. However, the Supreme Court generally refused permission unless the judge of a lower court had agreed to the separation.

Simon van Leeuwen, the famous lawyer of Leiden, and later clerk at the Hoge Raad van Holland, Zeeland en West Friesland, describes in the first book of his famous work on Roman-Dutch law, *Het Rooms-Hollands regt*, the possibility of separation "scheyding van tafel en bed" and of divorce "egtscheyding".[13]

8 H. de Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid*, I, 5, Leiden 1952, p. 1.

9 L.J. van Apeldoorn, *Geschiedenis van het Nederlandsche huwelijksrecht vóór de invoering van de Fransche wetgeving*, Amsterdam 1925, pp.174 and 181.

10 H. de Groot cit., I, 5, p. 20.

11 C. Asser, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch burgerlijk recht, deel I, Personenrecht*, Zwolle 1957, p. 331.

12 L.J. van Apeldoorn, *Inleidinge tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid beschreven in Hugo de Groot met aantekeningen van Mr. S.J. Fockema Andreae*, 4 ed., Arnhem 1939, p. 25.

13 Simon van Leeuwen, *Het Rooms-Hollands regt waar in de Roomse wetten met het huydendaagse Nederlands regt*, Amsterdam 1708, p. 84.

In the Dutch Republic of Seven Sovereign States, divorce by mutual consent was not possible. There were two grounds for divorce: adultery and malicious desertion.[14] These grounds are also to be found in the later *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek*, the work of Joannes van der Linden: "Echtscheiding wordt by ons toegestaan om twee redenen: 1. Uit hoofde van overspel en 2. Van kwaadwillige verlating. Redenen van eenen en anderen aart, hoe gewichtig zij ook schijnen mochten, gelden hier niet."[15] In addition to these causes Van der Linden mentions sodomy, which may also be found in the doctoral thesis of Hermannus Noordkerk (1702-1771) *Dissertationes de matrimoniis ob turpe facinus jure solvendis*.[16] According to Van der Linden life imprisonment is also a ground for divorce. In his *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek* he further mentions separation: "separatie van tafel, bed by-wooning en goederen", referring to Van Bynkershoek, who considers separation acceptable if life is unbearable and dangerous for the parties. Van der Linden points out that a judge may confirm the parties' separation agreement after he has studied the reasons for the separation. The consequence of separation confirmed by a judge was that the community of property and the marital power of the husband over his wife came to an end.[17]

During the time of the Dutch Republic, there was no family court.[18] So in this field Dutch Law, unlike French law, was not influenced by Roman classical law with its family courts. In 1795, when the Dutch Republic became the Batavian Republic, a start was made with the codification of civil law in accordance with the first Dutch Constitution of 1798, which was called the Staatsregeling. The Dutch lawyer, Gockinga, started to codify Dutch family law. In his first proposal of 1799/1800, he mentions grounds for divorce such as desertion, life imprisonment, malicious desertion and also sodomy. Another member of the codification committee, Wierdsma, referred to adultery and desertion, as well as separation, as grounds for divorce.

It is uncertain whether Gockinga based the Dutch proposal on the French proposals of Cambacéres, but it is almost certain that he was influenced by the Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, since this codification had already been introduced in 1796 in Prussia.[19] In this Code we also find mention of the consequences of divorce, for example in paragraph 745: "Bey den Ehescheidungsprozesse muss die Frage ob und

14 L.J. van Apeldoorn, *Geschiedenis van het Nederlandsche huwelijksrecht* cit., p. 186. See, also, J. van der Linden, *Rechtsgeleerd practicaal en koopmans handboek*, Amsterdam 1806, p. 31.

15 J. van der Linden cit., pp. 31-33.

16 Hermannus Noordkerk, *De matrimoniis ob turpe facinus quod peccatum sodomiticum vocent jure solvendis*, *dissertatio,* Amsterdam 1733. See, also, J. van der Linden cit., p. 31.

17 J. van der Linden cit., p. 32.

18 In the Dutch Republic there were orphan chambers, which were also introduced in South-Africa. See H.C. Gall, *Bronnen van de Nederlandse codificatie Personen en familierecht 1798-1820*, proefschrift, Leiden 1980. See, also, H.C. Gall, "Treatise on the origin, progress and present state of the orphan chamber at the Cape of Good Hope", in: *Die Siviele Appèlhof en die Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat Betrekking het op Siviele Sake, 1806-1827 'n Evaluering van Capita Selecta uit Bepaalde Gebiede van die Reg aan die Kaap*, 1992 available at *http //hdl.handle.net/10394/9140*.

19 E.K.E. von Bóné, "Comparaison entre le droit au divorce dans la République Batave (1798-1806) et dans l'Allgemeines Landrecht für die der Preussischen Staaten", in: *Juges et Criminels, étude en hommage à Renée Martinage, l'Espace Juridique*, Lille 2000, pp. 173-187.

welcher von den Ehegatten für den schuldigen Theil zu achten sey, mit zur Untersuchung gezogen, und das Erforderliche darüber in den Scheidungsurteil festgestelt werden." In his Dutch proposal, Gockinga followed the provisions of the Prussian Code concerning the patrimonial consequences of divorce.[20]

4. The grounds for divorce in the first French divorce law

In France, the first divorce law was introduced in 1792. It created a family court (the so-called *tribunal de famille*) to handle divorce cases.[21] Mirabeau founded these courts,[22] having pleaded in the French Parliament for their introduction. In his words "en copiant les institutions des peuples anciens".[23] Mirabeau perhaps refers to the Roman family courts that had dealt with divorce cases. He had probably read about the family courts in *De l'esprit des lois* of Montesquieu, who in that work alludes to the "institutions des peuples anciens, the tribunal de famille chez les Romains". Chapter 10 of book 7 of *De l'esprit des lois* deals with the "tribunal domestique chez les Romains"[24] and refers to the revival of the family court in divorce cases.[25] Montesquieu was a "cultural humanist" and had studied Roman law. In his library in La Brède, Montesquieu had studied the work of the Italian professor of Roman law, Giovanni Vincenzo Gravina (1664-1718). In 1713 Gravina published the *Originum iuris civilis.* This work was later translated from Latin into French by Jean-Baptiste Requier as *Esprit des loix romaines,* edited in 1766 in Paris and Amsterdam.

Gravina remarks that it was customary for the Romans to punish adultery severely. He alludes to adultery in the laws of Romulus, the *lex Cornelia* and the *lex Iulia*. A careful

20 A.H. Huussen, *De codificatie van het Nederlands huwelijksrecht 1795-1838*, proefschrift, Amsterdam 1975, p. 164.

21 E.K.E. von Bóné, *De familieraad in Nederland 1811-1838*, Rotterdam 1992, p. 12.

22 Mirabeau had been a victim of the *patria potestas* of his father, and was imprisoned on the Ile de Ré by a lettre de cachet. See, Honoré Gabriel Riquetti conte de Mirabeau, *Des lettres de cachet et des prisons d'etat ouvrage posthume, composé en 1778*, (s.n.) Hamburg 1782.

23 *Courier de Provence*, séances du 5 au 7 août 1790, t. 173.

24 Montesquieu, *De l'esprit des lois* 1, rev. and corrected ed., Genève 1749, p. 167. Montesquieu mentions Dionysius of Halicarnassus.

25 "Du tribunal domestique chez les Romains. Les Romains n'avaient pas, comme les Grecs, des magistrats particuliers qui eussent inspection sur la conduite des femmes. Les censeurs n'avaient l'œil sur elles que comme sur le reste de la république. L'institution du tribunal domestique suppléa la magistrature établie chez les Grecs ... Le mari assemblait les parents de la femme, et la jugeait devant eux. Ce tribunal maintenait les mœurs dans la république. Mais ces mêmes mœurs maintenaient ce tribunal. Il devait juger non seulement de la violation des lois, mais aussi de la violation des mœurs. Or, pour juger de la violation des mœurs, il faut en avoir ... Les peines de ce tribunal devaient être arbitraires, et l'étaient en effet; car, tout ce qui regarde les mœurs, tout ce qui regarde les règles de la modestie, ne peut guère être compris sous un code de lois. Il est aisé de régler par des lois ce qu'on doit aux autres; il est difficile d'y comprendre tout ce que qu'on se doit à soi-même ... Le tribunal domestique regardait la conduite générale des femmes. Mais il y avait un crime qui, outre l'animadversion de ce tribunal, était encore soumis à une accusation publique; c'était l'adultère; soit que, dans une république, une si grande violation de mœurs intéressât le gouvernement; soit que le dérèglement de la femme pût faire soupçonner celui du mari; soit enfin que l'on craignît que les honnêtes gens mêmes n'aimassent mieux cacher le crime que le punir, l'ignorer que le venger."

study of Montesquieu's text on the family court, *le tribunal de famille chez les Romains*, reveals a reference to the Roman institution of *iudicium domesticum*. He points out that the Romans, unlike the Greeks, did not have special magistrates to control the behaviour of women; the censors monitored them and the husband called in his wife's relatives if she had committed adultery. The husband and those relatives together then had to judge the wife. Montesquieu relies on Dionysius of Halicarnassus when he mentions crimes such as adultery by women. The *tribunal domestique* supervised the behaviour of women. In this tribunal, family members could administer justice without interference from the state or a judge.

In terms of the first French divorce law of 1792, the family court (*assemblée de famille*) was competent to grant a divorce on the grounds of "incompatibilité d'humeur", which means incompatibility of the parties or of their characters. This court could try to reconcile the spouses. The French family court also had jurisdiction to grant a divorce on certain grounds relating to only one of the parties, such as mental illness, being sentenced to a dishonourable punishment, maltreatment of the spouse, immoral behaviour (for example adultery), desertion, and emigration. In the first French divorce law of 1792 we see almost the same reasons for divorce as in antiquity, when grounds for divorce were also desertion, immoral behaviour such as adultery and being sentenced to a dishonourable punishment.

The first French divorce law of 1792 had a great impact in France. In Paris, there were suddenly more divorces than marriages. After the French Revolution, however, the attitude to family life changed completely. The new reform bill of Jacqueminot (1799) proposed to restore the family and reduce divorce. In the French Civil Code, a strong emphasis on the *patria potestas* is noticeable. In the famous work of Robert Joseph Pothier *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*[26] we read that the husband is again "chef du mariage" and has authority over his wife. In France, the marriage bond was considered very important, and so divorce became more difficult as the number of grounds for divorce was reduced. In the French Civil Code of 1804, divorce by "incompatibilité d'humeur" was no longer allowed. Only "séparation des corps" was possible, a divorce on specific grounds**.** Grounds such as mental illness, desertion and emigration were no longer recognised, and it became more difficult to obtain a divorce by mutual consent (art. 275, 276, 277, 278 CC fr).[27] The only grounds for divorce in the French Civil Code were adultery (art. 229 and 230 CC fr), exorbitance, cruelty, insult or outrage (art. 231 CC fr) and the sentencing of a spouse to a severe penalty (art. 232 CC fr). These grounds for divorce were also introduced in the Netherlands in 1811, when it became a province of France.

26 R. Pothier, *Traité de la communauté auquel on a joint un traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, *par l'auteur du Traité des Obligations* 1, Paris 1806.

27 Divorce by mutual consent was not possible if the man was younger than twenty-five years and if the woman was younger than twenty-one. Another limitation on divorce by mutual consent was that spouses had to have been married for two years. Divorce by mutual consent was not possible for spouses who had been married for twenty years and also if the woman was forty-five years or older.

5. Grounds for divorce in Dutch practice

In the archives of Dordrecht, an old city located about fifteen kilometres from Rotterdam, interesting divorce cases may be found dating back to the period when the Netherlands was part of the French Empire.[28] Divorce was possible in terms of the French Civil Code which was introduced in the Netherlands in 1811 and remained in force until 1838.

An interesting divorce case in Dordrecht concerns a woman, Sya Landmeter, who filed for divorce in the district court of Dordrecht on 24 December 1822.[29] She sought a divorce because her husband had gravely injured her, which constituted a ground for divorce (art. 231 CC fr). She contended that her husband was leading a riotous life; and in her divorce file we read that he was often drunk, had beaten her several times and had humiliated her. In the summer of 1819 he deserted her and their young child, although she was pregnant with her second child, and went to live with another woman. In the summer of 1821 he came back to his wife and beat her and his mother-in-law. As a result, Sya Landmeter asked the President of the district court to summon her husband to court so that she might obtain a divorce.

The President of the district court tried unsuccessfully to reconcile the parties. What happened to the children is of interest. Sya, the mother of the children, asked the court to award the guardianship of her son to her husband and the guardianship of her daughter to herself.[30] The divorce file does not reveal the reason for the separation of the children. Maybe the mother could not afford to raise two children, since she had no income.

In another case, divorce was authorised by the court because a father had beaten his children. Files indicate that the most frequent cause of divorce was *injures graves,* which means that the wife and/or the children were the victims of violence. But there are also cases in which it was the wife who injured the husband, not vice versa.[31]

Other divorce actions in Dordrecht concerned adultery. It is remarkable that, in order to prove adultery, a wife had to catch her husband red-handed committing adultery in their common home, but the husband did not need such proof in respect of his wife. Because proving a husband's adultery was so difficult, the wife could instead opt to claim *injures graves*. One case in Dordrecht in which adultery was committed but not proved, concerned a man who led a dissolute life and visited prostitutes. His wife then filed for divorce because of *injures graves*.

A remarkable case in the district court of Dordrecht concerned Maria de Wilde, the spouse of Pieter van de Laar. They were married for almost forty years. Maria filed for divorce because her husband brought a concubine home. This concubine stayed in the couple's house for some years. She became pregnant, and gave birth to a daughter. Strangely enough it was, according to the prosecutor, not proved that she was the husband's concubine and adultery was not proved. This explains why Maria in her divorce petition mentioned as a ground for divorce not only adultery, but also ill

28 National Archives of the Netherlands, Archief van de Rechtbank eerste aanleg Dordrecht, inventory nr. 133.

29 Ibid.

30 Idem, nr. 77, 23 juni 1823.

31 Idem, nr. 133.

treatment. The divorce records show that her husband had beaten her several times, and had once even thrown her out of the house and tried to kill her with a piece of wood. In spite of all these incidents, the court did not grant a divorce, because it held that all the disagreements between the parties had arisen because the concubine was living in the couple's home and had given birth to a daughter there. The court refused to dissolve the marriage because of its duration. The court held that the other woman should not live in the marital residence, and the man was ordered to pay his wife some alimony. The parties were given the chance to reconcile within a year. When this did not happen, the wife was permitted to file for divorce.

The discrimination against an adulterous wife is striking. When the French Civil Code was introduced into the Netherlands, women continued to be subordinate to their husbands. According to the Code civil, the husband did not have to prove that his wife had co-habited with her lover, but a wife had to prove that her adulterous husband had co-habited with his concubine. In addition, a woman who committed adultery received a prison sentence but a man did not.

A study of the grounds for divorce shows that the man was always in a better position. As indicated, the French Civil Code remained in force in the Netherlands until 1838, but in the first Dutch Civil Code that followed, the grounds for divorce remained the same. They were: the sentencing of one of the spouses to a severe penalty (art. 232 CC fr), but also desertion, ill treatment, insult, drinking and adultery (art. 264 BW 1838). We have seen that some of these grounds were already recognised in ancient times in Rome. However, in the case of adultery the man was in a better position under the French Civil Code of 1804 because of the differentiation between an adulterous man and an adulterous woman. The two relevant sections are article 229, which reads: "Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme"; and article 230, which reads: "La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune"' which means that the wife had the difficulty of proving that her husband had kept his mistress in the common home. In the Dutch Civil Code of 1838 (art. 264 BW) there was no such differentiation. The only evidence required in divorce proceedings on the ground of adultery was the penal judgement (of the court of last resort) in which the adultery had been mentioned. Because the Dutch legislator wanted to prevent unnecessary scandal, the penal sentence was a *praesumptio juris et de jure* and evidence to the contrary was not possible. Under the Dutch Civil Code of 1838, divorce by mutual consent was not possible. In France, divorce was abolished in 1816 when the catholic religion became a state religion. Only in 1884 did divorce again become possible in France.[32]

6. Concluding remarks and epilogue

In conclusion, we have seen that the grounds for divorce mentioned in the French Civil Code and subsequently in the first Dutch Civil Code of 1838 made divorce in the Netherlands very difficult. Women remained subject to the authority of their husbands

32 A. Naquet, *Code annoté du divorce*, Paris 1884, art. 1; A. Naquet, *Le divorce, Chambre de Députés (séance du 27 mai 1879) extrait du Journal Officiel*, Paris 1879, p. 12.

for a long time. In the Netherlands, they were under the marital power of their husbands until 1956. When the *patria potestas* and the marital power were abolished, the Roman-French tradition came to an end. The grounds for divorce were retained in the Dutch Civil Code until 1971. Since then the only ground for divorce – according to the Dutch Civil Code – has been the irretrievable breakdown of the marriage.

In the Netherlands, divorce has become easier although it can still be difficult where there has been domestic violence. Special family courts, such as those in Seoul, Tokyo, New York and Istanbul would be better equipped to deal with such cases: these jurisdictions have specialised courts with judges, and provision is made for mediation; in divorce cases the assistance of psychologists and social workers are made available.

In the Netherlands there are no such specialised family courts. There are huge district courts with family divisions. The family division of the Dutch district court is competent in, for example, divorces, disputes over parental authority, adoption (including adoption by homosexuals), and child support. But there is no special mediation room where judges may meet with the parties; nor is there social assistance in the court or psychologists trained in divorce problems. With its high divorce rate, the Netherlands would do well to introduce such family courts. In this respect, we could learn from the Roman-French tradition.

Abstract

In this contribution the grounds for divorce in ancient Roman law as well as in Hugo Grotius' *Introduction to Dutch Law* and the 1806 proposed Dutch Civil Code of Joannes van der Linden are examined to determine whether these grounds had become part of the Dutch Civil Code of 1838. The grounds for divorce in the French Civil Code, too, are analysed as this Code, which was introduced into the Netherlands in 1811, when the Netherlands became a part of the French Empire, remained in force until 1838 when the Netherlands introduced its own national Civil Code.

DER VOGEL STRAUβ ALS FRÜHES BEISPIEL FÜR GESETZESANALOGIE: EIN PHANTASMA? GRENZFRAGEN BEI DER RÖMISCHEN TIERHALTERHAFTUNG

Andreas Wacke*

1. Einleitung

1.1 Was hat der exotische Vogel Strauß mit dem römischen Recht zu tun? Moderne rechtsmethodologische Schriften erwähnen den großen zweifüßigen Laufvogel öfters als altes Exempel für die analoge Anwendung einer Gesetzesbestimmung, nämlich der Zwölftafeln. Horst Bartholomeyczik stellte in seiner mehrfach aufgelegten Schrift über „Die Kunst der Gesetzesauslegung" dazu an den Leser die Frage:

> „Im römischen Recht haftete der Eigentümer für Schäden, die sein Vierfüßer (*quadrupes*) durch seine besondere Wildheit verursachte. Der Geschädigte konnte den Eigentümer mit der *actio de pauperie* als Noxalklage in Anspruch nehmen. Richtete sich diese Klage auch gegen den Römer, der einen afrikanischen Strauß als Eigentümer hielt, wenn alle sonstigen Voraussetzungen der Schadenshaftung gegeben waren?"[1]

Eine Antwort findet sich bei Peter Raisch in seiner kurzgefassten Geschichte der „Juristischen Methoden":

> „Die Haftung für ein vierfüßiges Tier (*quadrupes*) wurde im Wege einer *actio utilis*, einer hierfür nützlichen Klage, auf alle – also auch zweifüßige – Tiere, z.B. einen Vogel Strauß, erstreckt, ohne daß sich in dem aus der Ediktskommentierung des spätklassischen Juristen Paulus hierzu in die Digesten aufgenommenen Fragment eine weitere Begründung findet. Lapidar wird hier gesagt: *Haec actio utilis competit, et si non quadrupes, sed aliud animal pauperiem facit* (D. 9,1,4). Damit war die mit § 833 BGB vergleichbare Rechtslage erreicht."[2]

1 Horst Bartholomeyczik, *Die Kunst der Gesetzesauslegung* (3. Aufl. 1965, unveränderter Nachdruck Frankfurt 1971) 84ff., mit anschließender schulgerechter Lösung.

2 Peter Raisch, *Juristische Methoden. Vom antiken Rom bis zur Gegenwart* (Heidelberg 1995) S. 14 sub B 4.5.3; im Anschluss an Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken* (7. Aufl. 1977, 9. Aufl. 1997) S. 149.

* Dr. Dr. h.c. mult. LLD. h.c., Professor emeritus für Römisches Recht, Bürgerliches Recht, Zivilprozesssrecht, Universität zu Köln.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 1015-1030

Ähnlich schon Karl Engisch in der neunten Auflage seiner viel gelesenen „Einführung in das juristische Denken“.

1.2 Übersetzt lautet der zitierte knappe Text des Paulus aus dem kurzen Digestentitel 9,1 über die Vierbeinerklage: „Diese Klage ist auch als analoge einschlägig, wenn kein vierfüßiges, sondern ein anderes Tier Schaden anrichtete.“

Nach der in den Zwölftafeln von 450 vor Chr. enthaltenen Ursprungsbestimmung 8,6 haftete der Halter eines vierfüßigen Tieres *(quadrupes)* für den vom Tier angerichteten Schaden. Er heißt Tierschaden, *pauperies*, abgeleitet von *pauper*, „arm“. Die *actio de pauperie* genannte Klage[3] beschränkte sich auf Vierfüßler, vermutlich deshalb weil Pferde, Rinder und Esel vor der modernen Motorisierung für Landwirtschaft und Transport unentbehrlich waren,[4] aber aufgrund ihrer Muskelkraft und körperlichen Masse stets eine Gefahr darstellen. Die auf den Wert des Tieres beschränkte Gefährdungshaftung des Halters gelangte mit der Rezeption des römischen Rechts in die meisten europäischen Staaten. In der Rezeptionszeit nannte man sie treffender *actio quadrupedaria*, Vierbeinerklage; dieser Ausdruck ist vorzuziehen, denn das Wort *pauperies* ist antiquiert und zu unspezifisch. In modernen Haftungsvorschriften wird nach der Art der Fortbewegung eines Tieres (nach der Anzahl seiner Beine) nicht mehr unterschieden.

1.3 Eine phantasievolle Ausschmückung des der Analogie zugrunde liegenden Sachverhalts findet sich bei Stephan Meder in seinem Kurzlehrbuch zur Rechtsgeschichte:

> „Infolge der geographischen Ausdehnung des Reiches waren in Rom bald auch exotische Tiere anzutreffen, von denen die Verfasser der Zwölf Tafeln – wenn überhaupt – nur sehr undeutliche Vorstellungen haben konnten. In bestimmten Kreisen der römischen Gesellschaft war es vorübergehend Mode geworden, sich einen nordafrikanischen Vogel Strauß zu halten und im Garten frei herumlaufen zu lassen. Ein solcher Strauß hatte während eines Gartenfests die Frau eines ehemaligen Konsuls gebissen. Als die Geschädigte unter Hinweis auf Tafel 8,6 Ansprüche gegen den Eigentümer geltend machen will, wendet dieser ein, ein Vogel sei kein Vierfüßer. Die Geschädigte meint dagegen, Biß sei Biß, und darauf, ob der Biß von einem Vier- (*quadrupes*) oder Zweifüßer (*bipes*) herrühre, dürfe es nicht ankommen.“[5]

3 Der Name begegnet in den Quellen nur zweimal, bei Javolen D. 9,2,37,1 und Ulpian D. 19,5,14,3.

4 Esel dienten auch in den Werkstätten der Müllerbäcker (*pistores*) zum Antrieb der Doppeltrichtermühle (*mola asinaria*); sie war eine bedeutende technische Erfindung der Römer. Auch Teigknetmaschinen trieb ein Mühlesel (*asinus machinarius*) an; er gehörte zum Inventar (*instrumentum*) einer *molina*. Der phantastische Roman des Apuleius (125-180 n. Chr.) vom Goldenen Esel schildert die erbärmlichen Arbeitsbedingungen in einer Tiermühle. Dazu Wacke, *Mühlen und Müllerbäcker im römischen Reich und Recht*, in: Jürgen Baur u. a. (Hrsgg.), Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Bodo Börner (Köln 1992) S. 641-670.

5 Meder, *Rechtsgeschichte* (4. Aufl. 2011) 60f. (2. Kapitel sub 1.3: „interpretatio extensiva“). Wörtlich gleichlautend schon in seiner Monographie: Meder, *Mißverstehen und Verstehen. Savignys Grundlegung der juristischen Hermeneutik* (Tübingen 2004) S. 162f., rezensiert von Haferkamp, ZRG Germ. Abt. 124 (2007) 680-685.

Inwieweit diese Ausschmückung des Sachverhalts durch Meder realitätsnah ist, werden wir sehen.

1.4 Theo Mayer-Maly bezweifelte hingegen kürzlich in der Fußnote eines Aufsatzes die Einbeziehung der Straußenvögel unter die *quadrupedes* der *actio de pauperie* als frühen Fall der Analogie.[6] Dies sei unwahrscheinlich, „da man nicht einmal das Kamel, nach dem der *struttio camelus* ja benannt war, den *res mancipi*, sondern den *bestia* zuordnete: Gaius 2,16; Tit. Ulp. 19,1. Vom Straußenvogel spricht keine juristische Quelle."

Mayer-Malys letzter Satz ist im Ergebnis zutreffend, wie eine Überprüfung an Hand der auf CD-Rom gespeicherten Quellen in der Bibliotheca Iuris Antiqui (BIA) ergab. Im Bereich des Vocabularium Iurisprudentiae Romanae (VIR) findet sich für den Strauß kein lateinisches Äquivalent. Geistert der Vogel Strauß demnach in der gegenwärtigen Methodenlehre herum wie ein Mythos, eine Legende oder Chimäre? Immerhin spricht unser (aber von Mayer-Maly außer Acht gelassenen) Paulustext allgemein von einem „anderen Tier" (*aliud animal*) als einem vierfüßigen, und es liegt nicht ganz fern, dabei primär an den zweibeinigen Vogel Strauß zu denken. Neuere Studien zur römischen Tierhalterhaftung[7] und zur *actio utilis*[8] erwähnen hingegen den Strauß seltsamerweise nicht.

1.5 Nach einigem Suchen nach der ersten ausdrücklichen Erwähnung des *struthio camelus* als schadensstiftendes Tier konnte ich die (spätantike) Quelle ausfindig machen. Ehe ich über meine Entdeckung berichte, seien die Gestalt und die Kraft des flugunfähigen Riesenvogels aufgrund der zoologischen Fachliteratur[9] genauer charakterisiert. Afrika-Reisende wie unser Jubilar Laurens Winkel können sich vom Vogel Strauß eine lebendige Anschauung verschaffen. Überdies trägt ein traditionsreiches Lokal in Maastricht

6 Th. Mayer-Maly, *Reflexionen über ius II*, in: SZ 119 (2002) S. 4 Fn. 17. Mayer-Malys Zweifel richteten sich gegen Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre* (1998) 148. Kramer stimmt in seiner 3. Auflage (2010) 194f. den Bedenken von Mayer-Maly zu. – Aufmerksam machte mich hierauf Christian Fischer (Jena); ihm verdanke ich auch die Anregung zu der vorliegenden Untersuchung.

7 Instruktiv die auch dogmengeschichtlich gelungene Darstellung von Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) SS. 1096-1118 (von späteren Autoren leider unbeachtet gelassen). Auf das antike Recht beschränken sich: Maria Vittoria Giangrieco Pessi, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano* (Napoli 1995); Pietro Paolo Onida, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* (Torino 2002; ausführlich rezensiert von M.A. Pinto, Index 35 (2007), SS. 187-218); Milena Polojac, *Actio de pauperie and Liability for Damage Caused by Animals in Roman Law* (Belgrade 2003). Die reiche Aufsatz-Literatur ist in diesen Monographien zitiert. Zwecks Raumersparnis werden im folgenden nur einige ausgewählte Artikel angeführt. Einen Überblick bringt jüngst Philipp Klausberger, *Vom Tierdelikt zur Gefährdungshaftung. Zur Haftungsstruktur bei actio de pauperie und edictum de feris*, in der online-Zeitschrift: Teoria e Storia del Diritto Privato 4 (2011) SS. 1-13 [teoriaestoriadeldirittoprivato.com].

8 Emilio Valiño, *Actiones utiles* (Pamplona 1974) 317f. Voreingenommen gegenüber der Klassizität von *utiles actiones* und darum nicht förderlich ist die Monographie von Richard Sotty, *Recherches sur les utiles actiones* (Thèse Clermont Ferrand 1977) S. 394f., mit schwacher Textexegese von D. 9,1,4.

9 *Grzimeks Tierleben Enzyklopädie des Tierreichs* Band 7: Vögel 1 (Zürich 1970/ München 1980) S. 89ff.; *Großes Lexikon der Tierwelt* Band 11 (Köln, Lingen-Verlag ohne Jahr).

(von 1730) den Namen „In den Ouden Vogelstruys“. Selber konnte ich vor einigen Jahren auf einer Wildtierfarm im damaligen Südwest-Afrika (dem heutigen Namibia) dem Einfangen etlicher Straußenvögel beiwohnen. In Europa sind Strauße fast nur in zoologischen Gärten zu betrachten. Doch gibt es Straußenfarmen inzwischen auch auf dem Alten Kontinent.[10] Es liegt nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit, dass jemand z. B. durch einen aus der Umzäunung ausgebrochenen Strauß zu Schaden kommt.

1.6 Im Folgenden unternehme ich also zunächst 1**.** (rechtstatsächlich) einen Ausflug in die Ornithologie des flugunfähigen Riesenvogels. Anschließend fragen wir uns 2., auf welche Weise durch einen solchen Zweibeiner Andere geschädigt werden könnten. 3. Drittens ist (rechtsarchäologisch) zu prüfen, ob Straußenhaltung schon in der römischen Gesellschaft vorkam und ob mögliche Schädigungen durch Strauße dadurch in das Blickfeld römischer Juristen gelangen konnten. Unsere Untersuchung endet vorläufig mit der vierten Frage 4. nach der Formelgestalt der von Paulus D. 9,1,4 erwähnten *actio utilis*. Ganz zuletzt ist 5. zu fragen, für welche anderen Tiere sonst noch nach klassischem römischem Recht gehaftet werden musste.

2. Vogelkundliches

2.1 Der *struthio camelus* ist in mehrfacher Hinsicht ein Rekordhalter in der Tierwelt. Mehrere Superlative vereint er auf sich.[11] Er ist der schnellste Laufvogel, erreicht auf der Flucht mit 3 m langen Riesenschritten 65, ja 70 km/h und kann diese Geschwindigkeit ohne Ermüdung eine Viertelstunde lang durchhalten. Mit bis zu 160 kg hat ein ausgewachsener männlicher Strauß das doppelte Körpergewicht eines erwachsenen Mannes.

Der größte, flugunfähige Laufvogel ist als Wildvogel heute nur noch in Teilen Süd- und Westafrikas häufig. Mit seinen scharfen Augen am kleinen Kopf und langem Hals kann ein Hahn aus ca. 3 m Höhe sehr weit sehen. Andere Tiere (Gazellen, Springböcke) warnt er frühzeitig vor herannahenden Raubtieren. Die sprichwörtliche „Vogel Strauß-Politik“, die schon in der Antike verbreitete Mär, vor Gefahren stecke der Strauß „den Kopf in den Sand“, beruht vermutlich auf falscher Beobachtung. Junge Strauße ducken sich nämlich vor Begegnungen mit Menschen zunächst tief ins niedrige Buschwerk, dann springen sie plötzlich auf und rasen scheu davon.

2.2 Zu seiner Körperkraft: Im Paarungskampf kann ein Hahn einen konkurrierenden anderen Hahn mit gezielten Tritten mehrere Meter weit wegschleudern. Für einen Menschen wäre dies lebensgefährlich. Seine Waffe ist (entgegen Meder) nicht der Schnabel, sondern der starke Dorn am Fuß (der entwicklungsgeschichtlich aus dem degenerierten Daumen hervorging). Im Zoo von Frankfurt/M. zerriss ein Strauß einem Wärter damit die Arbeitskleidung und warf ihn gegen einen Zaun. Im Zoo zu Hannover

10 Zahlreiche Nachweise im Internet über die Suchmaschine Google, sowie in der Enzyklopädie Wikipedia (dort auch viele Illustrationen).

11 Daniel Mann, *Rekorde der Tierwelt Ein Lesebuch der Superlative* (München/ Berlin 1979) 79f.

verbog ein Strauß eine 1 cm dicke Eisenstange. Diese Fälle illustrieren zur Genüge seine gelegentliche Gefährlichkeit. *Quod erat demonstrandum*.

3. Kulturgeschichtliches

3.1 Im antiken Vorderasien und in Griechenland ist die Existenz von Straußenvögeln gut bezeugt.[12] Altgriechisch *strouthion* bedeutet eigentlich „großer Spatz". Diodorus Siculus (1. Jh. vor Chr.) 2,50,3 betrachtete ihn bei der Beschreibung Arabiens als Mischung von Vogel und Kamel, daher kommt die von Plinius d. Ä. übernommene Gattungsbezeichnung *struthio camelus*. Die Benennung ist zurückzuführen auf die Körperform und die für Vögel einmalige Zweizehigkeit (Didactylie), die an Hufe von Kamelen und Rindern erinnert. Nur die 3. und 4. Zehe sind beim Strauß entwickelt. Die in der Fauna des Alten Orients bekannte, hauptsächlich in Syrien lebende Subspezies *struthio camelus syriacus* war noch 1914 existent, gilt aber seit 1941 als ausgestorben.

Wegen seiner beeindruckenden Kraft und Größe, seiner Schnelligkeit und Flinkheit sowie seines exzellenten Sehvermögens galt der Strauß in der mesopotamischen Vorstellungswelt als erhabenes, majestätisches Tier. Die Jagd auf ihn verlangt hohes Geschick und Können; sie galt darum als königliches Privileg, wie die Jagd auf Hirsch und Löwen.[13] Assurbanipal (Mitte des 7. Jh. vor Chr.) tötete 20 Strauße, vermutlich zu Pferde mit Pfeil und Bogen. Xenophon (426-ca. 355 vor Chr.) beschreibt hingegen in seiner Anabasis anschaulich eine erfolglose Straußenjagd: Xenophons zeitgenössischer persischer Prinz Kyros (der Jüngere, ca. 423-401 vor Chr.) marschierte nach Arabien ..., den Euphrat zur Rechten. Viele wilde Tiere gab es dort ..., auch Strauße. „Einen Strauß fing niemand, die verfolgenden Reiter gaben es bald auf. Denn weit enteilte er auf der Flucht, auf den Füßen laufend und die Flügel wie Segel gebrauchend ...". Ptolemäus II. (308-246 vor Chr.) ließ sich bei Festumzügen auf einem Wagen von acht Straußen ziehen, während seine Gemahlin auf einem Strauß ritt. Demnach verstand man es auch, Strauße lebendig zu fangen. Straußenfang mit Lasso (Schlinge) wird denn auch im 3. Jh. nach Chr. von Oppian von Apameia beschrieben.

Das unter Augustus und Tiberius verfasste Kochbuch des römischen Feinschmeckers Apicius enthält schließlich zwei Rezepte über die Zubereitung von Straußenfleisch.[14] Der 222 n. Chr. wegen seiner Extravaganzen ermordete Kaiser Elagabal ließ für eine einzige Mahlzeit nicht weniger als 600 Strauße schlachten, um mit deren Hirnen seine Gäste zu bewirten.[15]

12 Zum Folgenden Michael Herles, *Der Vogel Strauß in den Kulturen Altvorderasiens*, in: Mitteilungen der Deutschen Orient-Gesellschaft 139 (Berlin 2007) S. 173-212, mit zahlreichen Abbildungen und ausführlicher Bibliographie. Für Rom J.M.C. Toynbee, *Animals in Roman Life and Art* (London 1973) S. 237-240, mit Fn. S. 392.

13 Für Ägypten Günther Lorenz, *Tiere im Leben der alten Kulturen* (Wien 2000) S. 69.

14 Das Apicius-Kochbuch, übersetzt und bearbeitet von Richard Gollmer (1909; reprint Leipzig o. J.).

15 Jacques André, *Essen und Trinken im alten Rom* (Stuttgart 1998) S. 112 mit Fn. 78 (S. 238f.); französ. Orig.: *L'alimentation et la cuisine à Rome* (nouvelle éd. Paris 1981) 2. Kapitel Nr. 3.

3.2 Nach alledem können wir festhalten, dass die Römer den afrikanischen (vielleicht auch den asiatisch-syrischen) Strauß gewiss kannten. Vielleicht benutzten sie ihn ebenfalls (wie Ptolemäus II. im 3. Jh. vor Chr.) bei Triumphzügen. Dementsprechend dachte der Jurist Iulius Paulus bei der Niederschrift seines um 190 n. Chr. verfassten Kommentars zum prätorischen Edikt beim von ihm erwähnten „anderen Tier" wahrscheinlich in erster Linie an den zweibeinigen Riesenvogel Strauß. Angesichts seines Gewichts, seiner Muskelkraft und seiner Laufgeschwindigkeit ist die von einem Vogel Strauß ausgehende Energie und Tiergefahr auch durchaus mit derjenigen etwa eines Esels oder Ponypferdes vergleichbar.

Unterstützt wird unsere Vermutung durch die Erwähnung des Straußes zusammen mit Löwen, Bären und anderen aus Africa importierten Zirkustieren im Maximaltarif (dem Höchstpreisedikt) des Diokletian vom Jahre 301 n. Chr.[16] Etwa zu gleicher Zeit (im frühen 4. Jh.) sehen wir auf dem großen Fußbodenmosaik zu Piazza Armerina, wie zwei je von einem Sklaven an den Flügeln gepackte Strauße abgeführt werden.[17]

4. Formeltechnisches

4.1 Die Klage wegen Beleidigung (*actio iniuriarum*) verlangte vom Kläger die präzise Angabe des dem Beklagten zur Last gelegten Tatvorwurfs.[18] Wäre in der Tierschadensklage das schadensstiftende Tier ähnlich genau individualisiert (also nicht abstrakt in die übergeordnete Gattung *quadrupes* eingeordnet) worden, dann hätte für eine *actio utilis* kein Bedürfnis bestanden. Das jeweilige Streitprogramm hätte das einzelne Tier (etwa den Stier, das Schwein) und damit (falls erforderlich) auch den *struthio camelus* konkret benennen können. Da aber die *formula* für andere als Vierfüßler vom Prätor erst „passend gemacht", also abgewandelt werden musste, kann die ediktale Musterformel nur generell das Wort *quadrupes* enthalten haben. Glaubhaft rekonstruierte deshalb Otto Lenel in seinem Edictum perpetuum § 75 die Musterformel dergestalt:

> Si paret quadrupedem pauperiem fecisse qua de re agitur, quam ob rem Numerium Negidium Aulo Agerio aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportet, quanti ea res est, tantam pecuniam aut in noxam dedere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolvet. (Wenn es sich ergibt, dass ein vierfüßiges Tier Schaden anrichtete, welcher Gegenstand dieses Rechtsstreits ist, und wenn dessentwegen der Beklagte den Kläger entschädigen oder ihm (das Tier) ausliefern muss, dann verurteile du, Richter, den Beklagten in soviel Geld, wie der Schaden ausmacht, oder zur Auslieferung (des Tieres). Wenn sich dies nicht ergibt, dann sprich frei.)

Bei Zweibeinern *(bipedes)* wurde die *formula* nach Lenel durch die Fiktion erweitert: „wenn ein Vierbeiner den Schaden verursacht hätte" (*si quadrupes fecisset*). Ohne diese Abwandlung konnte der an den Wortlaut der Klageformel gebundene *iudex* ein zweibeiniges Tier unter die darin genannte Kategorie „*quadrupes*" nicht subsumieren.

16 Alexander Demandt, *Die Spätantike* (1989) S. 327.

17 Wiedergegeben bei André (Fn. 15) S. 113. Lit. bei Lorenz (Fn. 13) S. 93.

18 Massimo Miglietta, *Elaborazione di Ulpiano e di Paolo intorno al certum dicere nell Edictum generale De Iniuriis* (Lecce 2002).

Im zweigeteilten klassischen Formularprozess war folglich die analoge Anwendung einer Ediktsvorschrift allein dem Prätor vorbehalten. Der *iudex* war dazu nicht legitimiert.[19] Die Grenze der Wortauslegung durfte der *iudex* nicht überschreiten. Die vom Prätor im ersten Verfahrensabschnitt erteilten *actiones utiles* waren das vielfach verwendete Vehikel, um erkannte Regelungslücken zu schließen. Diese wichtige Funktion des Prätors (als *viva vox iuris civilis*, D. 1,1,8) zur Fortbildung des Gesetzesrechts (*iuris civilis supplendi causa*, D. 1,1,7,1) ging in neuzeitlichen Prozessordnungen ohne schriftlich vorfixiertes Streitprogramm auf jeden zur Einzelfallentscheidung berufenen Richter über. Jüngere Studien über die Geschichte der analogen Rechtsanwendung[20] gehen auf das vielseitig verwendete Instrumentarium der *actiones utiles* seltsamerweise nicht ein.

4.2 Terminologisch auffallen könnte die Wendung *haec actio utilis competit*. Das Verb *competere* war nämlich eigentlich für kraft *ius civile* zustehende Klagen vorbehalten. Bei vom Prätor gewährten nichtediktalen *actiones utiles* lautet der korrekte Sprachgebrauch „*datur*".[21] Aber schon der hochklassische Ediktsredaktor Julian verwendet *competit* wiederholt auch bezogen auf *actiones utiles* (D. 14,1,3,12 und 13pr.); häufiger sagen dies die Spätklassiker Ulpian und Paulus. Aus „*competit*" (hier = zuständig, einschlägig, passend, angemessen, zweckdienlich), ist zu schließen, dass dies schon über längere Zeit herrschende Meinung war.

5. Haftung für wilde Tiere (*bestiae*)?

Voraussetzung für die analoge Erstreckung der Vierbeinerklage auf den Vogel Strauß war allerdings, dass sie auf wilde Tiere überhaupt anwendbar war. Oft wird gelehrt, die *actio de pauperie* habe sich auf Nutztiere beschränkt.[22] Von diesem engeren Anwendungsbereich

19 Wegen der allgemeinen Bezeichnung „*quadrupes*" in der *formula* war es unschädlich, wenn sich *apud iudicem* herausstellte, dass nicht ein Pferd (*equus*), sondern ein Maultier (*mulus*) den Schaden verursachte hatte. Ergab sich aber in der Beweisaufnahme, dass nicht ein Widder, sondern ein Strauß den Schaden angerichtet hatte, dann war die nicht auf einen Zweibeiner angepasste *actio* abzuweisen. Vierfüßler waren untereinander austauschbar, aber nicht gegen einen Zweifüßler.

20 Etwa Jean Falk, *Die Analogie im Recht* (Diss. Gießen, Mainz 1906); Heinrich Langhein, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode* (Berlin 1992); Jan Schröder, *Zur Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit*, in: ZRG Germ. Abt. 114 (1997) 1-55; ders., *Recht als Wissenschaft Geschichte der juristischen Methode* (München 2001) S. 45-51; Letizia Vacca, *L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica*, in: Studii in onore di Luigi Labruna VIII (2007) 5727ff.; *Il ragionamento analogico Profili storico-giuridici*. Convengo di Como 2006, a cura di Claudia Storti (Napoli 2010); darüber den Bericht von M. Migliorini, Iura 56 (2006-7) S. 415-423.

21 Behrends/ Knütel/ Kupisch/ Seiler (1995) übersetzen (systematisch korrekt, jedoch abweichend vom lateinischen Wortlaut) *competit* mit „wird gegeben".

22 Etwa Kaser, *Das römische Privatrecht* I (2. Aufl. 1971) 633 Fn. 31; Behrends *cum sociis* II zu Buch 9 S. 729 Fn. 1; Polojac (o. Fn. 7); dieselbe, *Actio de pauperie domestic and wild animals?*, in: Règle et pratique du droit, Atti della SIHDA 1997 (1999) S. 463-474. Wie hier hingegen Giangrieco Pessi (o. Fn. 7) 115ff., 161; dieselbe, *L'interpretatio prudentium nell'evoluzione dell'actio de pauperie*, in: Ricerche dedicate a Filippo Gallo I (Napoli 1997) 285ff., aber unkritisch S. 290f. gegenüber D. 9,1,1,10.

mögen die Gesetzgeber der Zwölftafeln ausgegangen sein.[23] *A piori* zwangen jedoch weder philologische noch rechtsdogmatische noch auch formeltechnische Gründe zur Restriktion auf die Haftung nur für Nutztiere. Nach Ulpian D. 9,1,1,2 bezog sich die Klage auf „*omnes quadrupedes*". Von einer Beschränkung auf Nutztiere verlautet an dieser Stelle nichts.[24] Diese Beschränkung entnimmt man einer etwas späteren Kommentarstelle Ulpians in § 10. Genau betrachtet ist aus dieser problematischen Stelle jedoch eher das Gegenteil zu folgern, nämlich die Haftung für gefangene oder gezähmte wilde Tiere am Beispiel eines Bären:

D. 9,1,1,10 (*Ulpianus libro 18. ad edictum*):

In bestiis autem propter naturalem feritatem haec actio locum non habet: et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit: et ideo et si eum occidi, meum corpus est. (Bei wilden Tieren ist aber wegen ihrer natürlichen Wildheit für diese Klage kein Platz. Entfloh also ein Bär und schädigte er dann (jemanden), so kann dessen ehemaliger Herr nicht belangt werden, weil er aufhörte, Eigentümer zu sein, nachdem das wilde Tier entwichen ist. Darum gehört auch, wenn ich es erlegt habe, dessen Körper mir.)

5.1 Jemand hat einen Bären in seiner Obhut. Vielleicht hat er ihn zu einem Tanzbären abgerichtet (wie dies heutzutage noch in Südosteuropa vorkommt; doch ist das neuerdings wegen Tierquälerei in einigen Ländern verboten).[25] Entweicht ihm dieser Bär und verletzt er anschließend einen Menschen, dann soll der ehemalige Herr dafür nicht haften, weil er sein Eigentum am entlaufenen Bären verloren habe. Soweit der mittlere Teil des Fragments (vom ersten *et ideo* bis *evasit*). Danach fragt man sich, wie ist die Rechtslage, bevor der Bär sich auf die Flucht begab? Weshalb erwähnt Ulpian die Flucht des Bären vor seiner Schadenstat als Voraussetzung für die Nichthaftung, wenn für wilde Tiere ohnehin nie und nimmer gehaftet wurde? Aus dieser Voraussetzung folgt doch wohl im Umkehrschluss, dass der Dompteur haften muss, solange er den Bären

23 Die *noxae deditio* war als *facultas alternativa* sinnvoll, wenn der Geschädigte das in der Landwirtschaft genutzte Tier ebensogut gebrauchen konnte wie dessen beklagter Halter. Mit der Auslieferung eines Löwen war den Interessen des verwundeten Klägers (falls er überhaupt überlebte) hingegen schwerlich gedient.

24 Aus der künstlichen Beschränkung des Begriffs *quadrupes* auf Nutztiere fand man in der Interpretationsgeschichte zwei Ausweichpfade. Für vierbeinige *bestiae* sollte (ebenso wie für Zweibeiner) mit der in D. 9,1,4 genannten *utilis actio* gehaftet werden. Siehe die Nachweise (zu Lauterbach, Voet, van Leeuwen) bei Zimmermann 1113. Aber damit wäre die schon in der Glosse begegnende klare Unterscheidung zwischen Vierbeinern (*actio directa*) und Nichtvierbeinern (*actio utilis*) gestört worden. Die *formula* zwang zu dieser Art Unterscheidung nicht. Galten vierfüßige *bestiae* etwa nicht (oder nur im Wege einer Fiktion) als *quadrupedes*? Gemäß einer anderen Ausweichlösung sollte für wilde Tiere nur bei hinzukommendem menschlichem Verschulden gehaftet werden. So das oft aufgelegte Pandektenlehrbuch von Ferdinand Mackeldey, hier zitiert nach der italienischen Übersetzung der 14. Aufl. durch Vittore Ricci, *Corso di diritto romano* II (Milano 1866) § 512. Für die besonders gefährlichen wilden Tiere die mildere Verschuldenshaftung vorzusehen, ist jedoch ungereimt.

25 Viele aufschlussreiche Hinweise (auch zur Geschichte) im Internet, besonders in Wikipedia Art. Tanzbären (Aufruf vom 4. 10. 2013). Nachdem sich mit Zirkusbären einige Unfälle ereigneten (zuletzt 2009), wurde deren Verwendung einem Zirkus polizeilich verboten.

in seiner Obhut hat. Dieser Schlussfolgerung widerspricht allerdings der erste Satz, wonach bei wilden Tieren „wegen ihrer natürlichen Wildheit" für die Klage kein Raum sei. Diese Begründung ist jedoch widersinnig, ja geradezu absurd. Kann der Halter eines Löwen, also eines besonders gefährlichen Tieres, von seiner Haftung mit der Ausrede freikommen, Löwen seien nun einmal von Natur aus aggressiv? Wer ein Raubtier aus freier Wildbahn in menschliche Umgebung verbringt, der muss dafür doch erst recht haften![26] Nicht wegen „angeborener Wildheit"[27] entfällt darum die Klage, sondern weil es für die in ihrem natürlichen Lebensraum frei lebenden Wildtiere keinen Verantwortlichen, also keinen Beklagten gibt. „Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden" (§ 960 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für wilde Tiere kommt also (selbstverständlich) eine Haftung nicht in Betracht, soweit sie nicht von Menschen gehalten werden.[28] Ulpians erster Satz ist also missverständlich formuliert (vielleicht übernahm er ihn ungeprüft dem Kommentar eines älteren Juristen). Ungenauigkeiten hat man bei diesem hyperaktiven Juristen und Staatsmann schon öfters konstatiert. *Propter naturalem feritatem* kann hier sinngerecht nur heißen „wegen ihres Lebens im Naturzustand, in freier Wildbahn".[29] Einschränkend ist hinzuzudenken: „ ... solange sie sich darin befinden". Die „natürliche Wildheit" stellt als solche keine tragfähige Begründung dar, sie ist vielmehr ihrerseits einer Begründung bedürftig. Wenn man für Nutztiere haften muss, falls bei ihnen einmal ihre „tierische Wildheit durchbricht" (*cum commota feritate nocuit*),[30] dann muss für wilde Tiere unter menschlicher Herrschaft doch erst recht gehaftet werden.[31] Das von Ulpian abwechselnd mit *quadrupes* verwendete Wort „*fera*" (D. 9,1,1,6-7) spricht schließlich ebenfalls gegen eine scharfe begriffliche Unterscheidung.

Ohne den sich aufdrängenden gedanklichen Fehler Ulpians kommt man jedoch mit Tony Honorés beifallswerter Annahme aus, dass vor der ersten Anknüpfung mit „*et ideo*"

26 Vor allem wenn für die Tierhetzen (*venationes*) zum Vollzug von Todesstrafen gehaltene *bestiae* aus ihren Käfigen ausbrechen sollten.

27 So die Übersetzung von Spruit (1994). Entsprechend steht in Inst. 4,9pr. *genitalis feritas*.

28 In der Übersetzung von Behrends etc. fehlt in dem von den Übersetzern vor „gehalten werden" (zu *in bestiis*) in Klammern hinzugefügten Relativsatz das „nicht". Dieses Fehlen ist sinnstörend. In der von Schipani herausgegebenen italienischen Übersetzung (2005) findet sich hingegen an späterer Stelle (nach *si ursus fugit*) die zutreffende (wenngleich unnötige) Ergänzung „che era custodito presso qualcuno".

29 *Feritas* ist nicht gleichbedeutend mit *ferocitas* (Unbändigkeit, Aggressivität; in den Rechtsquellen sehr selten). Mehrdeutig ist auch unser Eigenschaftswort „wild". Die Bedeutung schwankt zwischen natürlich, von selbst wachsend (Wildkräuter, Wildwuchs) und ungestüm, tobend, zügellos, angriffslustig. Unterschiedlichen Sinn hat das Adjektiv in Zusammensetzungen wie wilde Ehe, wilder Streik.

30 So übersetzt von Behrends *cum sociis*: Ulpian D. 9,1,1,4. Gleichbedeutend in § 7: *quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit*.

31 Denn Wildheit ist die Charaktereigenschaft von Bestien, und ein Interesse an ihrer Verbringung in menschliche Lebensräume ist (wenn überhaupt) weitaus geringer als für Nutztiere. Umgekehrt Polojac in: *Règle* (o. Fn. 22) S. 473: Wenn wilde Tiere Schaden anrichten, verhielten sie sich nicht *contra*, sondern *secundum naturam (sui generis)*. Das pharisäerhafte Argument verwandte schon Struve, angeführt bei Zimmermann 1113f. – Ohne rechtspolitische Würdigung (welche im umfangreichen Schrifttum bislang zu vermissen ist), kann eine überzeugende Lösung der alten Kontroverse nicht gelingen. Hätten die Römer die Haftung eines Halters von wilden Tieren verneint, müsste man an ihrem Sinn für Gerechtigkeit und Folgerichtigkeit zweifeln.

ein einschränkender Satz ausgefallen ist.[32] Sinngemäß könnte er gelautet haben: „Wenn wilde Tiere aber einen Herrn haben, muss dieser für sie haften."

5.2 Entgegen der anschließenden Textaussage erlischt das Eigentum am gefangenen Tier auch nicht, sobald es aus dem menschlichen Gewahrsam entkommt, sondern erst, nachdem der Besitzer dessen Verfolgung aufgibt (§ 960 Abs. 2 BGB). Erst dann hat das entlaufene Tier seine natürliche Freiheit zurückerlangt. Natürliche Rückzugsgebiete für Großwild waren die Gebirge, vor allem der Ätna, wo sich 205-207 n. Chr. auch der berüchtigte Räuberhauptmann Bulla Felix mit seiner Bande verbarg.[33] Gewöhnliche Sterbliche waren furchtsam; die unwegsamen bewaldeten Höhenzüge und die den Göttern geweihten Berggipfel galten ihnen als unheimlich. Mutige Jäger konnten hingegen zur Römerzeit noch in Europa auf Bärenfang gehen (ähnlich wie zur Zeit der Kolonisierung in Nordamerika).

Gefangene Bären und eben auch Strauße aber hatten nach Diokletians Maximaltarif (wie erwähnt) einen Handelswert. Käufliche wilde Tier waren keine *res nullius*. Ein Käufer erwarb sie zu Eigentum, samt allen mit dem Eigentum verbundenen Rechten und Pflichten. Ein südafrikanisches Gericht sprach dem Eigentümer eines Straußen aufgrund der dort rezipierten *actio de pauperie*[34] Schadensersatz zu, nachdem zwei Hunde den Vogel gejagt hatten und er sich als Folge ein Bein brach.[35] Entsprechendes muss auch im umgekehrten Falle gelten, wenn ein Strauß nicht das Opfer, sondern der Schadensverursacher ist. Obgleich Strauße keine domestizierten Haus- oder Arbeitstiere sind, muss für sie doch gehaftet werden, solange sie nur einen Halter haben.

5.3 Zwischen wilden und domestizierten Tieren gibt es demnach gleitende Übergänge. Mayer-Malys eingangs erwähnte Gleichstellung des *struthio camelus* mit seinem Namenspatron, dem echten Kamel (oben 1.4), ist kein Argument gegen die den Halter treffende Haftung. Gaius 2,16 (worauf sich Mayer-Maly berief) rechnete Elefanten und Kamele zu den *ferae bestiae*, also zu den „halbwilden" Tieren (als *quasi mixti* bezeichnet sie Gaius in D. 9,2,2,2 i. f.). Gaius wusste nämlich sehr wohl, dass man Elefanten und Kamele ebenso wie einheimische Pferde und Esel zum Ziehen und Tragen (aber auch zum Reiten) verwendet. In Zentralasien domestizierte man Kamele schon im 4. Jahrtausend vor Chr. Begrifflich lassen sich demnach wilde Tiere nicht ausgrenzen. Soweit sich Menschen eines Tieres bedienen, folgt ihre Einstandspflicht aus dem gebotenen Junktim von Vorteil und Nachteil („Wer den guten Tropfen genießt, der

32 Honoré, *Liability for Animals Ulpian and the Compilers*, in: Satura Robert Feenstra (1985) 248. Ihm folgend, konstatiert zutreffend auch Rodríduez-Ennes, Iura 41 (1990) S. 77 einen *hiatus* zwischen den ersten beiden Sätzen. Als annehmbar (*acceptable*) betrachtet, aber im Ergebnis entgegen Honoré doch ablehnend Polojac (o. Fn. 7) S. 35, dies., in: *Règle* (o. Fn. 22) S. 472f.

33 Vgl. Th. Grünewald, *Räuber, Rebellen, Rivalen, Rächer Studien zu latrones im römischen Reich* (Stuttgart 1999); Wacke, *Scritti in onore di G. Melillo* III (2009) 1489f. mit weiteren Nachweisen.

34 Zimmermann (o. Fn. 7) S. 1110ff.

35 Le Roux *versus* Fick, 1879; zitiert bei PhJ Thomas/ CG van der Merwe/ BC Stoop, *Historiese Grondslae van die Suid-Afrikaanse Privaatreg* (Durban 2008) S. 419f. Ein Vogel Strauß mit gebrochenem Bein muss angesichts äußerst geringer Heilungschancen in der Regel getötet werden. Den Hinweis verdanke ich der Aufmerksamkeit von Paul du Plessis (Edinburgh). Meinem Vortrag des Themas auf der SIHDA zu Salzburg im September 2013 hat Paul du Plessis beigewohnt.

genieße auch den schlechten“).[36] Aus dem Nutzen resultiert die Gefahrtragungspflicht als Kehrseite der Medaille. Entscheidend für die Haftungsfrage kann also nicht sein eine abstrakte Kategorie, sondern der konkrete Verwendungszweck.

6. Die Haftung für Zweifüßer (*bipedes*)

Ein zweifüßiges Tier (*bipes*) wird ein einziges Mal in unserer Überlieferung erwähnt in der späten Quelle der *Lex Romana Burgundionum* 13,1. Vermutlich von dem 516 n. Chr. gestorbenen König Gundobad erlassen, galt dieses Gesetz für die unter burgundischer Herrschaft im Rhonetal (mit der Hauptstadt Lyon) siedelnden Römer.[37] Seine 176 Bestimmungen[38] sind Exzerpte aus diversen spätantiken Rechtsquellen, darunter befinden sich 12 Allegationen aus den (als apokryph geltenden) Sentenzen des Paulus. Auch unsere Stelle mit dem *bipes* beruft sich auf das erste Buch aus den Paulussentenzen; die als Beleg dafür angeführte ursprüngliche Aussage ist in den anderweitig überlieferten Paulusfragmenten allerdings nicht erhalten.[39] Nach LRB 13,1 muss der Halter eines Tieres gleich welcher Art den von ihm angerichteten Schaden ersetzen (oder das Tier wie nach klassischem Recht an Schadens Statt ausliefern), auch wenn ein Hund oder ein Zweibeiner den Schaden verursachte:

> LRB 13,1: Si animal cuiuscumque damnum intulerit, aut estimationem damni dominus solvat aut animal cedat. Quod etiam de cane et bipede placuit observari, secundum speciem Pauli sententiarum libro primo sub titulo: Si quadrupes pauperiem fecerit. (Wenn irgendein Tier einen Schaden anrichtet, muss der Eigentümer entweder den zu schätzenden Schaden erstatten oder das Tier ausliefern. Dies billigte man auch bei einem Hunde oder bei einem Zweifüßer, gemäß den Sentenzen des Paulus im ersten Buch unter dem Titel: Wenn ein Vierfüßer Schaden anrichtet.)

Das von Iulius Paulus im Digestentext 9,1,4 genannte „*aliud animal*“ wird also im burgundisch-römischen Rechtsbuch konkretisiert als ein (Hund oder) Zweifüßer. Die *utilis actio* als Besonderheit der Klageformel wird bei der fortgeschrittenen Generalisierung im spätantiken Vulgarrecht allerdings nicht mehr erwähnt. Derartige Zusammenfassungen sind charakteristisch für vulgarrechtliche Vereinfachungen.

7. Die erste Erwähnung des Vogels Strauß. Haftung auch für andere Vögel?

7.1 Wie bin ich nun bei meiner Suche auf die erstmalige Erwähnung des Vogels Strauß gestoßen? Den entscheidenden Hinweis habe ich Jakob Cujaz zu verdanken.

36 Ruth Schmidt-Wiegand, *Deutsche Rechtsregeln und Rechtssprichwörter* (1996) s. v. Tropfen.

37 Ausführlicher Überblick bei H. Nehlsen im *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* [HRG] II (1978) 1927ff; weitere Angaben bei Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte* II (2006) 254 mit Lit. S. 440 (§ 73 III 2).

38 Laut BIA sind es 224 Paragraphen.

39 Verwiesen wird in den Textausgaben der LRB auf PS 1,15,1. Diese Stelle handelt aber nur von *quadrupedes*. Einen Textvergleich bringt Onida (o. Fn. 7) S. 234f., ohne exegetische Vertiefung.

Bei exegetischen Problemen sollte man stets die dickleibigen Folianten des Cujaz konsultieren. Cujaz kann fast immer weiterhelfen und lässt den Ratsuchenden selten im Stich. Cuiacius schrieb:[40]

> Praeterea sciendum est, utilem actionem noxalem dari ei, qui damnum passus est, etiamsi non quadrupes, sed aliud quodcunque animal damnum dedit: directa est de quadrupede, utilis de quacunque alio animali … Ubi Graeci exemplum ponunt in ansere, accipitre, qui et acceptor dicitur, et struthione. (Außerdem muss man wissen, dass die analoge Schadensklage derjenige erhält, der einen Schaden erlitt, obgleich nicht ein Vierbeiner, sondern irgendein anderes Tier Schaden anrichtete: Die direkte Klage gibt es wegen eines Vierfüßers, die analoge wegen irgendeines anderen Tieres ... Als Beispiel führen die Griechen an: Gänse, Falken (auch Habichte, Sperber genannt) und Strauße.)

Unter den *Graeci* verstand Cuiacius die Basiliken samt deren Scholien. Tatsächlich findet man in Bas. 60,2,4[41] (dem Paralleltext zu D. 9,1,4) die genannten Vögel entsprechend aufgezählt. Beim Stichwort „Falke" denkt man an die schon in der Antike ausgeübte Falkenjagd, von Friedrich II. (1194-1250) in einem Buch *De arte venandi cum avibus* (ca. 1246) beschrieben; als Vorrecht des Adels war die Falkenjagd in Barockzeit und Rokoko ein beliebtes höfisches Vergnügen.[42] Inwieweit ein zur Beizjagd abgerichteter Falke Schaden anrichten könnte, kann an dieser Stelle allerdings nicht vertieft werden. Er könnte etwa eine Brieftaube oder ein Huhn schlagen.[43]

7.2 Dahingestellt muss hier auch bleiben, inwieweit sonstiges auf dem Bauernhof gehaltenes Federvieh andere schädigen könnte und dafür gehaftet werden müsste.[44] Das von Geflügel ausgehende Gefahrenpotential ist gering. Hühner und Enten müssen eher vor Füchsen und Mardern geschützt werden, als dass sie selber nennenswerte Schäden verursachen. Eine beantragte *actio utilis* unterlag der pflichtgemäßen Ermessensprüfung des Prätors; ihre Gewährung konnte er von der Höhe des eingetretenen Schadens

40 Cuiacius, *In libr. XXII Paul. ad Ed.*, in dessen *Opera omnia* vol. V S. 522. Hingewiesen wird darauf im Repertorium von Th. Schimmelpfeng, *Hommel redivivus* I (1858) zu D. 9,1,4.

41 Bei Heimbach, *Basilikon libri* vol. V (Lipsiae 1850) S. 262.

42 Arrigo D. Manfredini, „*Chi caccia e chi è cacciato*" *Cacciatore e preda nella storia del diritto* (Torino 2006) 78ff.

43 Vor Falken haben Tauben panische Furcht. Im für die Weltmeisterschaft von 2010 in Kapstadt errichteten überdachten Fußball-Stadion lässt ein Falkner einmal pro Woche einen abgerichteten Wanderfalken für kurze Zeit kreisen. Ohne diese umweltverträgliche Abschreckungs- und Vertreibungsmaßnahme richteten schätzungsweise 300 Tauben durch Wegfressen des größten Teils der allmonatlich erforderlichen Neueinsaaten Schäden von über 8.000 Euro im Jahr an. Auf dem Londoner Trafalgar Square bewährte sich der Einsatz von Falken ebenfalls als Taubenschreck. [Frankfurter Allgemeine Zeitung Nr. 249 vom 26. 10. 2013, S. 11].

44 Zimmermann S. 1101 nennt „chicken, geese or ducks". Auch Giangrieco Pessi 162ff. spricht von „bipedi di cortile (galline, oche ecc.)", aber ohne Plausibilitätserwägungen über die praktische Relevanz solcher Kleintiere für die Haftungsfrage. Den näherliegenden Vogel Strauß erwähnen beide Autoren merkwürdigerweise nicht. Entsprechend der selbstgesetzten Begrenzung ihres Untersuchungszeitraums bis Ulpian behandelt Giangrieco Pessi auch nicht die für die mittelalterliche Beizjagd verwendeten Greifvögel (spanisch *accipítridos*).

abhängig machen.[45] Eine reelle Gefahr bilden kann wohl nur eine Schar von Gänsen. Schwäne sind hingegen in aller Regel wilde Tiere.[46]

8. Weitere Bestimmungen gegen gefährliche Tiere, insbesondere Schlangen

Gegen das Verbringen oder Halten gefährlicher wilder Tiere an von Menschen besuchten öffentlichen Plätzen drohte überdies das Edikt *de feris* (ursprünglich des kurulischen Ädilen, später, namentlich in den Provinzen, auch des Prätors) im außerordentlichen Rechtsweg zu vollziehende Strafen an „je nach der Schwere des Vergehens" (*pro modo admissi*). Nach der Interpretatio zu den Paulus-Sentenzen 1,15,2 genügte zur Schadensentstehung auch psychische Kausalität, etwa Zurückschrecken aus Furcht vor der Bestie (*terrore eius*).[47] Gleiches galt nach der entsprechenden Spezialvorschrift ebenfalls aus den nachklassischen Paulus-Sentenzen für aus Furcht vor öffentlich ausgestellten Schlangen verursachte Schäden:

> D. 47,11,11 (Paulus *libro primo sententiarum*): In circulatores, qui serpentes circumferunt et proponunt, si cui ob eorum metum damnum datum est, pro modo admissi actio dabitur. (Gegen umherziehende (Leute), welche Schlangen mit sich führen und ausstellen, wird, wenn jemandem aus Furcht vor ihnen Schaden zugefügt wurde, je nach der Schwere des Vergehens eine Klage erteilt.)

Noch gegenwärtig treten in asiatischen Ländern zuweilen Schlangenbeschwörer auf, welche die Schlangen nach Flötenmusik Tänze vollführen lassen. Diese Schlangen sind aber (wie man heute weiß) nicht von Natur aus musikalisch; vielmehr werden sie (wie die erwähnten Tanzbären) für ihr Verhalten abgerichtet (konditioniert).

Schlangen sind „Keinfüßler". Entwicklungsgeschichtlich stammen zwar auch Schlangen von Vierfüßlern ab. Ihre Beine sind allerdings völlig verkümmert. Diesen zoologischen Zusammenhang kannten die Römer natürlich nicht. Und juristisch kommt es auf diese weit zurückliegende Mutation nicht an. Die gegen Vorführer von Giftschlangen und gegen Transporteure von Bestien angedrohten Maßnahmen sind amtsrechtliche Neuschöpfungen ohne Anknüpfung an altes Zwölftafelrecht.

9. Menschen als „Zweifüßer"?

Ein vierfüßiges Tier bleibt ein *quadrupes*, auch wenn es infolge eines Unfalls einen Fuß verloren haben sollte. Ein dreifüßiges Pferd kann es nur im Mythos geben oder in der

45 *Propter nimiam ferociam* (wegen außergewöhnlicher Wildheit, sc. von Maultieren) erwähnt Ulpian D. 9,1,1,4 beispielhaft als Voraussetzung.

46 Beim Versuch, einem angreifenden Schwan auszuweichen, stürzte ein Jogger am Ufer eines Sees. Niemand haftet ihm für seine dabei erlittene Verletzung: Oberlandesgericht Koblenz, 5 U 196/11 [Frankfurter Allg. Zeitung Nr. 3 vom 4. 1. 2012 S. 7].

47 Körperliche Schadensverursachung (wenngleich vermittelt durch eine Sache, etwa durch einen umgeworfenen Lastkarren) erforderte hingegen die *actio de pauperie* gemäß D. 9,1,1,9.

Phantasie eines surrealistischen Künstlers.[48] Zu den Primaten gerechnete Menschenaffen (Gorilla, Orang-Utan, Schimpanse) können auf den Hinterbeinen aufrecht gehen und haben geschickte Hände, mit denen sie z. B. zugeworfene Nahrung auffangen können. Ist letztlich nicht auch der Mensch ein zweifüßiges Tier? Der weite lateinische Begriff *animal* (abgeleitet von *anima* Luft, Atem, Seele) umfasst jedes lebendige Geschöpf aus Fleisch und Blut, auch den Menschen. *Ius naturale* ist nach Ulpian D. 1,1,1,3, „was die Natur allen Lebewesen (scil. auch den Tieren) gelehrt hat" (*quod natura omnia animalia docuit*). Die gegen Tierhalter gerichtet Klage war aber als Sonderfall der Deliktshaftung vonnöten, weil Tiere im Unterschied zu Menschen keinen Verstand haben (*nec potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret*: D. 9,1,1,3). Doch wie, wenn ausnahmsweise auch einmal ein Mensch keinen Verstand hat, er ganz von Sinnen ist? Im 18. Jh. erwog man eine entsprechende Verantwortlichkeit des Vormunds eines Wahnsinnigen *(furiosus)* für von seinem Mündel angerichtete Schäden. Gegen dessen Wutausbrüche gab es weniger Abhilfen als heute, da man beruhigende Psychopharmaka noch nicht kannte; in Betracht kamen gegen Tobsuchtsanfälle nur Wegsperren oder Festbinden.

Die Bejahung der entsprechenden Anwendung wäre eine doppelte Analogie: in einem ersten Schritt vom Vierfüßer auf den Zweifüßer, in einem zweiten vom zweibeinigen Tier auf den nicht zurechnungsfähigen Menschen. Auf der Passivseite des Geschädigten vollzogen schon die römischen Juristen den Analogieschluss von der Verletzung eines Sklaven auf die Verletzung eines Hauskindes (ebenfalls mittels einer *actio utilis*), wegen der in beiden Fällen vom *pater familias* aufzuwendenden Heilungskosten.[49] Sklaven waren (obschon unfrei) immerhin Menschen (*homines*). Aber auf der Aktivseite des Verursachers eine Gleichstellung des Wahnsinnigen mit einem zweifüßigen Tier? Mit Rücksicht auf die Würde des Menschen schreckte man davor doch eher zurück.[50] Seit dem Inkrafttreten des BGB ist die Frage entschärft durch die im wesentlichen gleichen Rechtsfolgen der Verletzung der Aufsichtspflicht, sei es über einen Menschen oder über ein Tier (§§ 832-833).[51]

10. Zusammenfassender Rückblick

Von Randfragen der römischen Tierhalterhaftung ausgehend stießen wir im Laufe unserer Untersuchung zu einigen ihrer Kernprobleme vor. Vor der Begrenzung der Haftung auf Vierbeiner durch die Zwölftafeln machten die spätklassischen Juristen nicht Halt; durch Abwandlung der ediktalen Musterklage erstreckte sie Paulus als *utilis actio* auf „andere" Tiere. Nach dem Wegfall des Formularprozesses interessierte die genaue Fassung der *formula* nicht mehr. Den nachklassischen Paulussentenzen zufolge haftete man im Ergebnis auch für Zweibeiner (*bipedes*). Dies berichtet die *Lex Romana*

48 Vergegenständlicht in einer riesenhaften Skulptur auf dem Bahnhofsvorplatz zu Heidelberg.

49 D. 9,2,5,3 (Teil 2) – D. 9,2,7pr.

50 Geradezu leidenschaftlich ablehnend Glück, *Pandecten* X 1 (1808) § 695 S. 294ff., aber mit eher formaljuristischen Argumenten.

51 Zur Geschichte der Verantwortlichkeit von und über betreuungsbedürftige Menschen Heinz Holzhauer, *Das Betreuungsrecht vor geschichtlichem Hintergrund*, in: Reinhard Bork u. a. (Hrsgg.), Recht und Risiko, Festschrift für H. Kollhosser II (Karlsruhe 2004) S. 241-256, 249ff.

Burgundionum für die nach dem Untergang der weströmischen Reichshälfte in Burgund lebenden Römer. Ausdrücklich erwähnt wird der Vogel Strauß zusammen mit Gänsen, Falken und Habicht im oströmischen Reich in einem Scholion zu den byzantinischen Kaisergesetzen. Die Glossatoren zu Bologna erwähnen diese Vögel hingegen nicht, weil sie die byzantinischen Quellen noch nicht kannten, jedenfalls griechische Texte ignorierten. Zur Zeit der humanistischen Jurisprudenz machte aber der große Jacobus Cuiacius (1522-1590) darauf aufmerksam. Unser enges Thema führte uns somit über aufeinanderfolgende Geschichtsepochen hinweg zur Betrachtung unterschiedlicher Rechtsquellen.

Auf einheimische Zug- und Lasttiere – also *res mancipi* – beschränkte sich die Haftung in Rom nicht; erfasst wurden auch Herdentiere wie Schafe und Ziegen.[52] Nicht alle *quadrupedes* waren *res mancipi*. Die Kategorie der Manzipiumssachen umfasste auch Sklaven und italische Grundstücke; für sie galten altertümliche Förmlichkeiten bei der Eigentumsübertragung. Die sachenrechtlichen Regeln des Eigentumserwerbs haben jedoch mit der quasideliktischen Haftung für von ihnen ausgehende Gefahren wenig zu tun. Das Grasen auf fremder Weide galt allerdings nicht als zum Ersatz verpflichtender Tierschaden (*pauperies*), da nicht *contra*, sondern *secundum natura* verursacht; in diesem Fall gewährte die spezielle *actio de pastu pecoris* Abhilfe. Für in Freiheit lebende wilde Tiere (*bestiae*) schied eine Haftung naturgemäß aus, weil sie *res nullius*, herrenlos waren. Für gefangene oder gezähmte Wildtiere musste ihr Halter aber (trotz undeutlicher Quellenzeugnisse und heute umstrittener Lehre) höchstwahrscheinlich haften, es sei denn dass sie seiner Obhut unwiederbringlich entflohen waren (oben V). Durch das Zusammenbringen gefährlicher wilder Tiere an frequentierten Orten machte man sich überdies aufgrund einer speziellen Ediktsvorschrift ersatzpflichtig, wenn dadurch andere geschädigt wurden. Als Schadensursache genügte dafür psychisch vermittelte Kausalität, etwa eine unter einer Menschenmenge ausgebrochene Panik. Führten ambulante Gaukler Kunststücke mit Schlangen vor, dann hafteten sie dementsprechend schon, wenn aus Furcht vor ihnen jemand zu Schaden kam, auch wenn er nicht gebissen wurde (oben 8).

Aus der im Usus modernus verwendeten Bezeichnung „Vierbeinerklage“ (*actio quadrupedaria*) folgte schon terminologisch ihre nur analoge Anwendbarkeit auf andere Tiere (deutlich Cuiacius); materiellrechtlich ergaben sich aus dieser formeltechnischen „Subtilität“ aber keine Abweichungen. Ob man in Rom auch für kleine zweibeinige Tiere wie Geflügel (Federvieh) haften musste, ist mangels von ihnen ausgehender Tiergefahren zu bezweifeln. Inwieweit der Prätor eine *actio utilis* gewähren wollte, stand in seinem pflichtgemäßen Ermessen. Der vermutete fiktizische Formelzusatz *si quadrupes fecisset*, „wenn ein Vierbeiner gehandelt hätte“ lässt vermuten, dass das Ausmaß des angerichteten Schadens ähnlich erheblich sein musste. Dass ein Vogel Strauß einen Schaden von vergleichbarer Größenordnung verursachen konnte, konnten wir aber aufgrund heutiger zoologischer Erkenntnisse plausibel machen.

Lehrbücher zum modernen Privatrecht enthalten weitere, den römischen Quellen entnommene Beispielsfälle zu unterschiedlichen Problemfeldern. Von Autor zu Autor und von Auflage zu Auflage tradiert, wird ihre Herkunft zuweilen gar nicht mehr

52 D. 9,1,1,11 *(aries)*; vgl. D. 9,2,2,2.

kenntlich gemacht. Eine Anzahl davon stellte Rolf Knütel in einem Aufsatz zusammen.[53] Sie illustrieren den unvergänglichen didaktischen Wert der Beschäftigung mit den römischen Rechtsquellen.

Abstract

The action for damage caused by four-footed animals, which during the Middle Ages was called the *actio quadrupedaria*, had to be extended by an *actio utilis* in Roman formulaic procedure to damage caused by other animals. Zoological observations and archeological artifacts reveal that these other animals were mainly ostriches. Modern juristic methodology would regard the example of the ostrich as an early application of an old statutory provision by analogy. The *praetor* had to modify the *formula* in the first stage of the procedure as the appointed judge was limited to a literal interpretation. The question asked in modern literature whether in Roman law the keeper was liable for damage caused by wild animals, must be answered in the affirmative. Special regulations applied to performances of wild animals and snakes before audiences. In the *Lex Romana Burgundionum* such liability extended to all animals, including bipeds. The *Basilica* make explicit mention of geese, falcons and ostriches. During the nineteenth century it was suggested that liability for the acts of persons of unsound mind be extended *per analogiam* to the persons responsible for their supervision.

53 Knütel, *Von befreiten Vögeln, schönen Schläferinnen und hüpfenden Hunden, oder Exempla docent*, in: Juristische Schulung 41 (2001) S. 209-217; italienische Fassung in: Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca IV (Napoli 2001) S. 431-462.

IUS ROMANO-GERMANICUM – ZUR RECHTSQUELLENLEHRE DES USUS MODERNUS PANDECTARUM

Gunter Wesener*

1. Einleitung

Definition und Datierung des Usus modernus pandectarum sind umstritten[1]. Helmut Coing[2] versteht darunter das Recht, wie es im Zeitraum zwischen circa 1500 und 1800 in den gemeinrechtlichen Ländern, auch außerhalb des Reiches, praktiziert worden ist. Hans Schlosser[3] behandelt nunmehr den Usus modernus pandectarum in einem Kapitel

1 Dazu K. Luig, Samuel Stryk (1640-1710) und der „Usus modernus pandectarum", in: M. Stolleis (Hg.), Die Bedeutung der Wörter, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, FS für St. Gagnér zum 70. Geburtstag (München 1991) 219-223 [nun in: K. Luig, Römisches Recht, Naturrecht, nationales Recht (Goldbach 1998) 91*-94*]; ders., Usus modernus, HRG V (1998) Sp. 628-636; ders., Gemeines Recht, HRG, 2. Aufl., II (2012) Sp. 69-71; J. Schröder, Deutscher Usus modernus, in: Der Neue Pauly, Bd. 13 (Stuttgart 1999) 746-749; vgl. R. Stintzing, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, I (München/Leipzig 1880), 652-655; W. Rütten, Das zivilrechtliche Werk Justus Henning Böhmers, Ein Beitrag zur Methode des Usus modernus pandectarum (Tübingen 1982), 5ff.; W. Wiegand, Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus, in: D. Simon (Hg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages, Frankfurt am Main 1986 (= Ius Commune/Sonderhefte, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte 30, Frankfurt am Main 1987) 237-252, R. Voppel, Der Einfluß des Naturrechts auf den Usus modernus, Eine Untersuchung anhand der Literatur zum geltenden Recht im 17. und 18. Jh. (= Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte 11, Köln/Berlin u.a. 1996), 7-19; G. Schiemann, Usus modernus und Gesetzgebung, in: B. Dölemeyer/D. Klippel (Hgg.), Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit (= ZHF, Beiheft 22, Berlin 1997) 157-170; C. Schott, Gesetzesinterpretation im Usus modernus, ZNR 21 (1999) 45-84; D. Willoweit, Der Usus modernus oder die geschichtliche Begründung des Rechts, Zur rechtstheoretischen Bedeutung des Methodenwandels im späten 17. Jahrhundert, in: ders. (Hg.), Die Begründung des Rechts als historisches Problem (= Schriften des Historischen Kollegs, Kolloquien 45, München 2000) 229-245; U. Eisenhardt, Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl. (München 2008) 163-172; J.M. Rainer, Das Römische Recht in Europa (Wien 2012) 123-129; H. Schlosser, Neuere Europäische Rechtsgeschichte (München 2012) 129-140; M. Heger, Recht im „Alten Reich" – Der Usus modernus, in: Zeitschrift für das Juristische Studium 1 (2010) 29-39; G. Wesener, Zur Verflechtung von Usus modernus pandectarum und Naturrechtslehre, in: H. Koziol/P. Rummel (Hgg.), Im Dienste der Gerechtigkeit. FS für F. Bydlinski (Wien/New York 2002) F. Harrer/H. Honsell/P. Mader (Hgg.), Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly (Wien 2011) 571-592; ders., Die Epoche des Usus modernus pandectarum in Österreich, in: J. Egger/G. Kabbe (Hgg.), FS für K. Ebert zum 70. Geburtstag (Innsbruck 2012) 241-264, m.w.N.

2 Europäisches Privatrecht, Bd. I: Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800), München 1985, Bd. I, 4.

3 Neuere Europäische Rechtsgeschichte (nt. 1) 129-140.

* Em. o. Universitäts-Professor, Karl-Franzens-Universität Graz.

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 1031-1041

„Forensische Jurisprudenz in Europa“, womit er die forensische Orientierung betont und stellt dem Usus modernus die italienische „Giurisprudenza pratica“ als Parallele an die Seite. Sinnvoll erscheint die Abgrenzung der Epoche mit dem Inkrafttreten der Reichskammergerichtsordnung von 1495 und den naturrechtlichen Kodifikationen an der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert[4]. Die Kernphase des Usus modernus ist allerdings die Zeit zwischen 1600 und 1750[5]. Benannt ist die Epoche nach dem Hauptwerk von Samuel Stryk (1640-1710) „Specimen usus moderni pandectarum“ (Frankfurt u. Wittenberg 1690-1712); man könnte sie aber auch, jedenfalls für das Heilige Römische Reich, nach einem Werk Johann Schilters (1632-1705) als Periode der „Praxis juris Romani in foro Germanico“[6], des Jus Romano-Germanicum, oder nach dem „kleinen Struve“, einem Institutionenkompendium Georg Adam Struves (1619-1692), als „Iurisprudentia Romano-Germanica forensis“ (Jena 1670)[7] bezeichnen.

Aufgrund der Werke von fünf bedeutenden Vertretern des Usus modernus, Stryk, Schilter, Struve, Heineccius und Höpfner, soll die Rechtsquellenlehre dieser Epoche beleuchtet werden.

2. Johann Schilter (1632-1705)

Johann Schilters (1632-1705)[8] Rechtsquellenlehre[9] ist von großer Bedeutung. In seiner

4 So G. Köbler, Bilder aus der deutschen Rechtsgeschichte (München 1988) 238f.; ders., Deutsche Rechtsgeschichte, 6. Aufl. (München 2005) 139f.; Luig, Samuel Stryk (nt. 1) 220 [bzw. Römisches Recht, 92*]. – Als Abschluss des Usus modernus kann man den umfangreichen Pandektenkommentar von Christian Friedrich von Glück (1755-1831) ansehen; so A. Hirata, Die Vollendung des usus modernus pandectarum: Christian Friedrich Glück (1755-1831), in: ZRG RA 123 (2006) 330-343.

5 Schröder, Deutscher Usus modernus (nt. 1) 746.

6 Straßburg 1686 u. 1698; Jena 1698; Editio tertia emendata, Frankfurt/Leipzig 1713. Vgl. A. Eisenhart, Schilter, Johann, in: ADB, Bd. 31 (1890) 266-268; R. Schulze, Schilter, Johann, HRG IV (1990) Sp. 1405-1409; K. Luig, Samuel Stryk (nt. 1) 221 [bzw. Römisches Recht, 93*]; ders., Schilter, Johann, NDB, Bd. 22 (2005) 774-775.

7 Dazu Luig, HRG V Sp. 56f.; eingehend J. Finzel, Georg Adam Struve (1619-1692) als Zivilrechtler (Frankfurt am Main 2003) 35ff., 57ff.; Bibliographie 143ff.

8 Biographische Angaben bei A. Eisenhart, ADB 31 (1890) 266-268; R. Stintzing/E. Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II (München/Leipzig 1884) 185ff.; III/1 (1898) Text 55ff., Noten 32ff.; R. Schulze, HRG IV (1990) Sp. 1405-1409; K. Luig, NDB 22 (2005) 774f.; F.L. Schäfer, Juristische Germanistik Eine Geschichte der Wissenschaft vom einheimischen Privatrecht (Frankfurt am Main 2008) 64-66, 127-129.

9 Dazu Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 185ff., insbes. 187f.; F. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (Göttingen 1996), 208; W. Wiegand, Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel „habere fundatam intentionem“, in: Festschrift für H. Krause (Köln/Wien 1975) 126ff., insbes. 129 nt. 12 u. 13; ders., Die privatrechtlichen Rechtsquellen des Usus modernus (nt. 1) 237-252; K. Luig, Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert, in: Ius Commune 3 (1970) 79f. [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 376*f.]; ders., Conring, das deutsche Recht und die Rechtsgeschichte, in: M. Stolleis (Hg.), Hermann Conring (1606-1681), Beiträge zu Leben und Werk (Berlin 1983), 355-395, insbes. 380-387 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 319*-359*, insbes. 344*-351*]; P. Bender, Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft (= Rechtshistorische Reihe 8, Frankfurt am Main 1979), 32f.; J. Schröder, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (1500-1850), München 2001, 115ff.; P. Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht. Rechtsanwendung und

berühmten Schrift „De origine iuris Germanici“ vom Jahre 1643[10] hatte Hermann Conring die Auffassung widerlegt, dass das römische Recht, das Recht Justinians, auf Befehl und Veranlassung Kaiser Lothars III. an den italienischen Universitäten (Kap. 21) sowie in Deutschland (Kap. 24) *in complexu* durch Gesetz eingeführt worden sei („Lothar-Legende“)[11]. Conring lehrte, das römische Recht gelte in Deutschland nur Satz für Satz kraft tatsächlicher Anwendung (*usu sensim receptum*), also nur im Einzelnen kraft Gewohnheitsrechtes[12]. Die Praxis hielt allerdings auch nach Conring weitgehend an einer praktischen Rezeption in Bausch und Bogen (*lege latum in complexu*) fest[13]. Conrings Auffassung wurde von Heinrich Hahn (1605-1668)[14], Johann Georg Kulpis[15] und später etwa von Georg Beyer (1665-1714) und Christian Thomasius vertreten[16]. Kulpis wendet sich 1682 gegen eine *fundata intentio* zugunsten des römischen Rechts und bestreitet dessen Charakter als *ius commune*[17].

Schilter replizierte noch in demselben Jahre in den neu begründeten Leipziger „Acta eruditorum“ (Nov. 1682, p. 396f.) und fügte diese Entgegnung später der zweiten Auflage seiner Exercitationes ad Pandectas (bereits unter dem Titel „Praxis juris Romani in foro Germanico“, Exercit. II Additamentum ad § 12) ein[18]. Hier entwickelt Schilter seine eigene Meinung, die er als “Tertia et media sententia” bezeichnet[19]. Schilter führt aus, dass es über die Geltung des römischen Rechts drei Meinungen gebe[20]. Nach der ersten sei das römische Recht als ausschließlich gültiges Gesetz durch Kaiser Lothar

Partikularrecht im Alten Reich (Frankfurt am Main 2002) 256; dazu J. Weitzel, ZRG Germ. Abt. 124 (2007); A. Daniel, Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts (Berlin 2003) 92f., 110f., 188f.; dazu Wesener, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 629-635, insbes. 633f.; W. Dannhorn, Römische Emphyteuse und deutsche Erbleihe, Ein Beitrag zur Entstehung der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht (Köln/Weimar/Wien 2003) 173ff., 313f. Vgl. auch Lit. oben nt. 1. Zu Schilters Methodenlehre J. Schröder, Die privatrechtliche Methodenlehre des Usus modernus, in: D. Simon (Hg.), Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages (wie oben nt. 1) 253-278, insbes. 255ff.

10 Deutsche Übersetzung: „Der Ursprung des deutschen Rechts“, hg. von M. Stolleis (= Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, Bd. 3, Frankfurt am Main/Leipzig 1994).

11 Dazu eingehend E. von Moeller, Hermann Conring, Der Vorkämpfer des deutschen Rechts (Hannover 1915); K. Luig, Conring (nt. 9) 372f. [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 336*f.].

12 Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 115.

13 Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 208.

14 Luig, Conring (nt. 9) 381f. [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 345*f.]. Zu H. Hahn Jöcher, Allgemeines Gelehrten-Lexicon II (1750) s.v.; Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 230ff.

15 Dissertatio epistolica de Germanicarum legum veterum, ac Romani iuris in republica nostra origine, autoritateque praesenti (Leipzig 1682 unter dem Pseudonym Conradus Sincerus erschienen), in: Kulpis, Dissertationes academicae (Straßburg 1705) 352ff. Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 185f., 249f.; Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 130 (nt. 15); Luig, Conring (nt. 9) 382 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 346*f.]; Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 115 (nt. 111); Daniel, Gemeines Recht (nt. 9) 93f. – Zu Kulpis siehe oben nt. 15.

16 Luig, Conring (nt. 9) 385 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 349*].

17 Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 130 Fn. 15.

18 Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 186f.; Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 Fn. 12; Luig, Conring (nt. 9) 384 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*f.].

19 Zu Schilters früherem Standpunkt vgl. Luig, Conring (nt. 9) 382f. [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 346*f.].

20 Dazu Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 187.

oder Kaiser Maximilian eingeführt worden. Diese alte scholastische Ansicht (*sententia vulgaris ac scholasticorum et legistarum*), welche von den Italienern nach Deutschland übertragen wurde, sei mit Recht von Kulpis/Sincerus verworfen worden. Dieser vertrete die gerade entgegengesetzte Richtung: das römische Recht sei *nec solum, nec principaliter receptum*; das germanische Recht sei das primäre Recht und das römische habe nur insoweit Geltungsanspruch, als die Rezeption eines jeden Satzes durch Gesetz, Gewohnheit oder Gerichtsgebrauch nachzuweisen sei[21].

Seine „media sententia" beschreibt Schilter mit folgenden Worten:

> ... praeter ius patrium ... receptum superioribus seculis fuisse etiam ius Romanum, non peculiari constitutione, sed usu et consuetudine fori, ita ut *fundatam intentionem habeat allegans legem Romanam* iuris Justinianei, nec oporteat observantiam eius probare, sed reo incumbat probare, illam propter contrarium ius Germanicum non potuisse recipi. Hanc sententiam imprimis defendimus in his commentariis ad pandectas per totum ...

Das römische Recht sei nicht durch eine besondere Konstitution, sondern *usu et consuetudine fori* rezipiert worden, so dass derjenige, der sich auf das römische Recht Justinians beruft, die *fundata intentio* für sich habe und nicht dessen *observantia* beweisen müsse[22]. Diese Stellungnahme zugunsten des römischen Rechts schwächt Schilter aber dadurch ab, dass er auch dem deutschen Recht die *fundata intentio* zuerkennt: „utroque et Romano et Germanico iure fundari intentionem in foro posse, quatenus hoc illi non contrariatur" (p. 40)[23]. Auf diesem Wege kommt Schilter zum Ergebnis, dass es „in Deutschland zwei gemeine Rechte nebeneinander gebe, das einheimische und das fremde, beide vollständig gültig, beide einander vollständig fremd"[24]. Schilter sieht aber, dass ein solches *duplex ius commune* zu einem *ius vagum* führe. Abhilfe könne nur der Gesetzgeber schaffen, wobei die Wissenschaft aber entscheidende Vorarbeit zu leisten habe[25]:

> Interea quominus vagum ius doceamus, utriusque iuris principia ac fundamenta penitus sunt eruenda, et solidius ponenda, mores utriusque populi et status diversae Reipubl. rite discernendi, et quae secundum has normas receptabilia sint, accuratius diiudicandum ...

Prinzipien und Grundlagen beider Rechte müssten sorgfältig erschlossen und dargelegt werden; zu erkennen sei, was deutschen Sitten und Verhältnissen entspreche[26]. Schilter

21 Luig, Conring (nt. 9) 384 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*].

22 Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 187; Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 Fn. 12.

23 Noch weitergehend Schilter, Anmerkung zu § 11 der Exercitatio I. Vgl. Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 Fn. 12; Luig, Conring (nt. 9) 383 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 347*]. – Zu H. Hahn oben nt. 14. – Vgl. ferner Schilter, Exercit. VIII § 40; vgl. dazu Wesener, Zur Lehre vom Erbvertrag im deutschen Usus modernus pandectarum und im Naturrecht, in: Wege europäischer Rechtsgeschichte. Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag (Frankfurt am Main 1987) 607-622, insbes. 616.

24 Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 58; vgl. Luig, Institutionenlehrbücher (nt. 9) 79 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 9) 376*]; ders., Conring (nt. 9) 384 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*].

25 Vgl. Luig, Conring (nt. 9) 384f. [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 348*f.].

26 Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 58.

kommt es darauf an, die deutschrechtlichen Elemente und Institute herauszuarbeiten und in seiner „Praxis iuris Romani in foro Germanico“ darzustellen. Zu Recht wird Schilter als Begründer der Wissenschaft vom Deutschen Privatrecht angesehen[27].

Statuten und Provinzialgesetze sind *contra ius commune* grundsätzlich nicht extensiv auszulegen, aber diese *restrictio* sei *cum grano salis* anzuwenden (Schilter, Exercit. I § 11f.)[28].

3. Samuel Stryk (1640-1710)

Auch Samuel Stryk (1640-1710)[29] folgt in seinem „Discursus praeliminaris de usu et auctoritate juris Romani in foris Germaniae“, den er seinem „Specimen usus modernus pandectarum“ (1690-1692; 10. Aufl. 1746-1780) vorangestellt hat, im Wesentlichen der *media sententia* Schilters[30].

4. Georg Adam Struve (1619-1692)

Georg Adam Struves (1619-1692)[31] Rechtsquellenlehre hat eine eingehende Darstellung durch *Jan Finzel*[32] gefunden[33]. *Sedes materiae* ist hauptsächlich *Syntagma iurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum concinnatum*[34] 2, 32ff. In der Klärung

27 So Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 55; nun W. Dannhorn, Römische Emphyteuse (nt. 9) 173, 313f. Vorbehalte bei K. Luig, Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht, in: Ius Commune I (1967) 195-222 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 395*-422*].

28 Dazu Daniel, Gemeines Recht (nt. 9) 110f.

29 Luig, Samuel Stryk (nt. 1) 219-223 [nun in: Luig, Römisches Recht, 91*-94*]; G. Kleinheyer/J. Schröder (Hgg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 5. Aufl. (Heidelberg 2008) 419-423 (m.w.N.); R. Domingo, in: R. Domingo (Hg.), Juristas universales II (Madrid/Barcelona 2004) 446-451.

30 Wiegand, Herkunft und Ausbreitung (nt. 9) 129 (Fn. 18); Luig, Conring (nt. 9) 385 [nun in Luig, Römisches Recht (nt. 1) 349*]; ders., Samuel Stryk (nt. 1) 219-235, insbes. 222-228 [nun in: Luig, Römisches Recht (nt. 1) 91*-107*, insbes. 94*-228*]. – Zu Stryk vgl. Voppel, Der Einfluß des Naturrechts (nt. 1) 153ff.

31 Biographische Angaben bei Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 146ff.; A. Eisenhart, ADB 36 (1893) 677-681; J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert (Frankfurt am Main 1979) 12ff.; ders., Recht als Wissenschaft (nt. 9) 106ff. und passim; P. Bender, Die Rezeption des römischen Rechts (nt. 9) 33f.; P. Ch. Klemm, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum untersucht anhand der Pandektenkommentare von Struve, Lauterbach und Stryk (Basel/Frankfurt am Main 1984) 32ff.; Kleinheyer/Schröder (Hgg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 537; Voppel, Der Einfluß des Naturrechts (nt. 1) 137ff.; G. Lingelbach, Rechtswissenschaft und Aufklärung in der Geschichte der Alma Mater Jenensis, in: Recht und Rechtswissenschaft im mitteldeutschen Raum. Symposion für R. Lieberwirth anlässlich seines 75. Geburtstags, hg. von H. Lück (Köln/Weimar/Wien 1998) 105ff., insbes. 109f.; K. Luig, HRG V (1998) Sp. 52-58; vgl. ders., NDB 22 (2005) 774; J. Finzel, Georg Adam Struve (1619-1692) als Zivilrechtler (nt. 7); dazu G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 121 (2004) 725-728; R. Domingo, in: R. Domingo (Hg.), Juristas universales II (nt. 29) 400-402; G. Wesener, Zur Rechtsquellenlehre und zum Privatrechtssystem Georg Adam Struves (1619-1692), in: Ius Romanum Schola Sapientiae. Pocta Petrovi Blahovi K 70. Narodeninám (Trnava 2009) 515-529 (m.w.N.).

32 Struve (nt. 7) 79ff.; vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) II 162ff.; Luig, HRG V 53ff. – Zum Verhältnis der Rechtsquellen zueinander Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 110ff., insbes. 115ff.

33 Zur Rechtsquellenlehre Schilters s. oben im Text.

34 2. Aufl. 1655/1663; 9. Aufl. Frankfurt am Main 1710.

der Rechtsquellenfragen wird ein Hauptverdienst Struves gesehen[35]. Struve teilt die Rechtsquellen nach ihrem Geltungsbereich in folgender Weise ein[36]: neben den gemeinen Rechten (*iura communia*) gibt es im Reich partikulare Rechte (*iura particularia*).

Struve ist bemüht, eine Erklärung für die Geltung des römischen Rechts zu finden[37]. Die Lotharische Legende hat auch für ihn keine Bedeutung. Er sucht eine staatliche Zustimmung zum Vorgang der Rezeption des römischen Rechts und sieht eine zumindest stillschweigende Zustimmung der Kaiser und Reichsstände zur Rezeption darin, dass die Lehre des römischen Rechts in öffentlichen Schulen und der Gebrauch vor Gericht überhaupt zugelassen wurde: *consensu saltem tacito Imperatorum ac Statuum Germaniae ejus professionem in Scholis publicis & usum in foro admittentium* (Syntagma 2, 35).

Im Gegensatz zu Hermann Conring sieht Struve (Syntagma 2, 35) in der Zustimmung der Stände zur Reichskammergerichtsordnung von 1495 die Bestätigung der Geltung des römischen Rechts auch in den Territorien[38]. Neben den Reichsgesetzen gehörten zu den *iura communia* das römische und das kanonische Recht, aber nur *quatenus sc(ilicet) sunt recepta* (Iurisprudentia 1, 2, 15)[39]. Das römische Recht hatte aber die Vermutung der Geltung für sich; diese Vermutung ist widerlegt, wenn im Einzelfall ein anderer Gebrauch nachgewiesen werden kann[40]. Partikulare Rechte mussten jedenfalls vor dem Reichskammergericht allegiert und bewiesen werden[41].

Die Relativierung der Rechtsanwendungsregeln in der Gerichtspraxis hat nunmehr *Peter Oestmann*[42] aufgezeigt: „Eine hierarchische Ordnung der Rechtsquellenvielfalt existierte allenfalls in Ansätzen. ... Mit einer *fundata intentio* ließ sich der Rechtspluralismus kaum bewältigen“[43].

5. Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)

Während Johann Gottlieb Heineccius’ (1681-1741)[44] Tätigkeit in Franeker (1724 bis 1727) entstanden seine beiden Lehrbücher des römischen Rechts, das Institutionenlehrbuch (1725) und das Pandektenlehrbuch (1728), welche größte Verbreitung fanden.

35 Vgl. Luig, HRG V Sp. 53ff.

36 Finzel, Struve (nt. 7) 80f.

37 Dazu Finzel, Struve (nt. 7) 82f.

38 Finzel, Struve (nt. 7) 83f.

39 Finzel, Struve (nt. 7) 99f.

40 Finzel, Struve (nt. 7) 100.

41 Dazu Wesener, Rechtsquellenlehre (nt. 31) 522.

42 Rechtsvielfalt vor Gericht (nt. 9) passim, insbes. 669ff.; dazu J. Weitzel, ZRG Germ. Abt. 124 (2007) 600-603; vgl. G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 122 (2005) 629f.

43 Oestmann, Rechtsvielfalt vor Gericht (nt. 9) 682.

44 R. Stintzing, ADB 11 (1880) 361-363; Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 179ff., Noten 12ff.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 223; R. Lieberwirth, NDB 8 (1969) 296f.; E. Bussi, HRG II (1978) Sp. 55-57; Chr. Bergfeld, Johann Gottlieb Heineccius und die Grundlagen seines Natur- und Völkerrechts, in: J.G. Heineccius, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, übersetzt von P. Mortzfeld, hg. von Chr. Bergfeld (Frankfurt am Main/Leipzig 1994) 507-532; M. Tanaka, Bemerkungen zu J. G. Heineccius (1681-1741) als Privatrechtsdogmatiker, in: A. García y García/P. Weimar (curant.), Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia – Ius – Studium III

Aus der intensiven Beschäftigung mit der Entstehungsgeschichte der deutschen Partikularrechte und der Entwicklung der einzelnen Institute[45] entstand das zweibändige Werk der „Elementa iuris Germanici tum veteris tum hodierni“ (Halle 1735-1736)[46]. Klaus Luig[47] bezeichnet das Werk als „die erste Gesamtdarstellung des deutschen Privatrechts als wissenschaftliches System“. Dem Titel nach handelt es sich um ein Studienbuch, ist aber dem Umfang und der Qualität nach eher als ein Handbuch anzusehen. Heineccius unternimmt als Erster eine Darstellung der deutschrechtlichen Bestandteile des Usus modernus, also des *Ius Germanicum*[48]. Dieses besteht für ihn[49] aus den gemeinsamen Prinzipien der alten germanischen Rechte und der mittelalterlichen und neueren deutschen Partikularrechte. Er will das *Ius Germanicum* in einem vollständigen System dem römischen Recht gegenüberstellen, dessen subsidiäre Geltung und Wert für die deutsche Rechtswissenschaft er durchaus anerkennt[50]. Auch in den „Elementa iuris Germanici“ geht es Heineccius um die Feststellung der leitenden Prinzipien, die vielfach mit denen des römischen Recht überein zustimmen scheinen; in vielen Punkten freilich bestehen Abweichungen[51].

Die „Elementa iuris Germanici“ folgen dem justinianischen Institutionensystem. Die Rechtsquellenlehre hat Heineccius aus dem ersten Buch herausgenommen und in ein besonderes Prooemium gestellt.

In seinen „Elementa iuris Germanici“ unternimmt Heineccius eine zusammenhängende Darstellung der deutschrechtlichen Elemente des Usus modernus, also des *Ius Germanicum*. Dieses *Ius Germanicum* will er in einem vollständigen System dem römischen Recht gegenüberstellen, dessen subsidiäre Geltung und Wert für die deutsche

(Goldbach 1995) 543-618; Feenstra, Heineccius in den alten Niederlanden. Ein bibliographischer Beitrag, TRG 72 (2004) 297-326; Chr. Bergfeld, Pufendorf und Heineccius, in: F. Palladini/G. Hartung (Hgg.), Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung (Berlin 1996) 225-235; M. J. Schermaier, Die Bestimmung des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB (Wien/Köln/Weimar 2000) 267ff.; P. de Pablo Contreras, in: R. Domingo (Hg.), Juristas universales II (nt. 29) 522-524; H. Kümper, in: Biographisch-Bibliographisches Kirchenlexikon XXV (Nordhausen 2005) Sp. 553-558; eingehend P. Wardemann, Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741). Leben und Werk (= Europäische Hochschulschriften II, 4577, Frankfurt am Main 2007), mit Werkverzeichnis (S. 95-132); dazu G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 126 (2009) 591-593; Kleinheyer/Schröder, Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 503f.; G. Wesener, Einleitung zum Nachdruck von J. G. Heineccius, Opera omnia, Genf 1744-1748 (Frankfurt am Main 2010), m.w.N.

45 Dazu eingehend Wardemann, Heineccius (nt. 44) 44ff.

46 Weitere Ausgaben Halle 1746; Venedig 1751 u. 1770; Halle 1836; vgl. Wardemann, Heineccius (nt. 44) S. 99 Nr. 52. In Opera omnia (nt. 44) VI.1. Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 188f., Noten 129.

47 Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht (nt. 27) 195-222, insbes. 214-222 [nun in Luig, Römisches Recht (nt. 1) 395*-422*, insbes. 414*-422*]; ders., Deutsches Privatrecht, HRG, 2. Aufl., I (2008) Sp. 993-1003, insbes. Sp. 996f. Vgl. Schäfer, Juristische Germanistik (nt. 8) passim, insbes. 107-109.

48 Zu Halle 1738 erschien von Heineccius ein „Corpus iuris Germanici antiqui quo continentur leges Francorum Salicae et Ripuariorum“. Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Noten 128.

49 Prooemium § 1, §13.

50 Luig, Die Anfänge der Wissenschaft (nt. 27) 214 [nun in Luig, Römisches Recht (nt. 1) 414*].

51 Vgl. Bergfeld, J.G. Heineccius (nt. 44) 519.

Rechtswissenschaft er vollauf anerkennt[52]. Im Verhältnis zu den *leges et statuta, necnon mores patrii singularum civitatum et gentium* kommt dem rezipierten Justinianischen Recht nur subsidiäre Geltung zu[53].

Aufschlussreich für das Verhältnis von deutschem Recht, römischem Recht und Naturrecht sind Heineccius' Ausführungen in den „Elementa iuris Germanici" (Lib. II Tit. XII § 341) zum Vertragsrecht[54]. Diejenigen Sätze des römischen Rechts, die mit den Prinzipien des Naturrechts übereinstimmen, seien in Deutschland rezipiert worden, nicht hingegen die Eigenheiten, die Subtilitäten, des römischen Rechts. Das Naturrecht habe, so Heineccius[55], als *recta ratio* bei allen Völkern Geltung.

6. Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797)

Bereits 1767 fungierte Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797)[56] als Herausgeber der „Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum, commoda auditoribus methodo adornata" des Johann Gottlieb Heineccius (1681-1741)[57]. Die erste Auflage dieses überaus beliebten und weit verbreiteten Institutionenlehrbuchs war 1725 in Franeker erschienen, eine Titelausgabe dieser Edition 1726 in Amsterdam[58]. Die Auflage Göttingen 1778[59] wurde schon von Höpfner bearbeitet[60]. Die Auflage Göttingen 1782 (Editio secunda emendatior)[61] hat bereits „die bleibende Höpfner'sche Form, inhaltlich ganz umgearbeitet, mit Tabellen und neuerer Literatur"[62].

52 Luig, Die Anfänge der Wissenschaft (nt. 27) 214 [nun in Luig, Römisches Recht (nt. 1) 414*]; ders., Deutsches Privatrecht, HRG, 2. Aufl., I (2008) Sp. 996f. Vgl. Tanaka, Bemerkungen zu J. G. Heineccius (nt. 44) 616f.

53 Heineccius, Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum [Opera omnia (Tom. V.], Prooemium § 17.

54 Wardemann, Heineccius (nt. 44) 51f.

55 Elementa iuris Germanici, II, Anm. zu § 49.

56 A. Eisenhart, Höpfner, Ludwig Julius Friedrich, ADB 13 (1881) 109-112 (mit älterer Lit.); Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1 Text 442ff., Noten 284f.; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 224; A. Söllner, Ludwig Julius Friedrich Höpfner – ein Mitglied der Gießener Juristenfakultät im 18. Jahrhundert, in: O. Triffterer/F. v. Zezschwitz (Hgg.), Festschrift für W. Mallmann (Baden-Baden 1978) 281-292; J. Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz" (nt. 31) 53; ders., Vorlesungsverzeichnisse als rechtsgeschichtliche Quelle, in: Die Bedeutung der Wörter. Festschrift für St. Gagnér zum 70. Geburtstag (München 1991) 383-401, insbes. 395 [nun in: J. Schröder, Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze (Tübingen 2010) 375-389, insbes. 384f.]; M. Plohmann, Ludwig Julius Friedrich Höpfner (1743-1797). Naturrecht und positives Privatrecht am Ende des 18. Jahrhunderts (Berlin 1992); dazu Rezension von G. Wesener, ZRG Germ. Abt. 112 (1995) 597-601; J.M. Rainer, Das Römische Recht in Europa (Wien 2012) 278.

57 Siehe oben nt. 44.

58 Feenstra, Heineccius (nt. 44) 306f., zu weiteren niederländischen Auflagen 307f.

59 Wardemann, Heineccius (nt. 44) S. 109 Nr. 67.

60 Elementa iuris civilis … passim limavit et polivit libellum D. Lud. Jul. Frid. Hoepfner.

61 Wardemann, Heineccius (nt. 44) S. 110 Nr. 75.

62 So Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Noten 285. Weitere Ausgaben 1784, 1787 (editio tertia emendatior), 1788, 1790, 1792 (ed. quarta emendatior), 1793, 1795, 1796, 1806 (ed. quinta

In Anlehnung an diese Bearbeitung der „Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum“ entstand Höpfners einflussreichstes Hauptwerk, sein „Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen nach deren neuesten Ausgabe“ (1. Aufl. Frankfurt am Main 1783; 6. Aufl. ebd. 1798)[63].

Die „Elementa iuris civilis secundum ordinem Institutionum“ des Heineccius verdanken ihren großen Erfolg wohl der axiomatischen Methode, welche in dem Werke zur Anwendung kommt[64]. Die axiomatische Methode ist als eine Abart der mathematisch-demonstrativen Methode anzusehen, die von der Wolff-Schule vertreten wurde[65]. Die axiomatische Methode ist stark von Thomasius beeinflusst[66]. An der Legalordnung wurde von Heineccius festgehalten; die axiomatische Methode betrifft die Gliederung innerhalb der einzelnen Titel. Es wird zunächst eine Beschreibung des Hauptbegriffes gegeben, dann zu einer Definition vorgegangen. Aus diesen Definitionen werden die obersten Rechtsregeln für das behandelte Rechtsinstitut als unmittelbare Folgesätze, sogenannte Axiome, erschlossen. Aus den Axiomen leitete Heineccius Folgesätze ab, die zusammenhängend dargestellt wurden.

Diese axiomatische Methode wurde von Höpfner sowohl bei seiner Bearbeitung der „Elementa iuris civilis“ des Heineccius wie auch in seinem Institutionenkommentar übernommen[67]. Mit seinem „theoretisch-praktischen Kommentar“ verfolgte Höpfner primär didaktische Ziele; er knüpfte an die Tradition der Institutionenkommentare des 16. und 17. Jahrhunderts an[68]. Es gelang ihm Theorie und Praxis miteinander zu verbinden[69].

Im Aufbau des Kommentars folgte Höpfner der Gliederung der Heineccischen Institutionen[70], denen die Buch- und Titelfolge der Institutionen Iustinians zugrunde liegt. Höpfners Kommentar bietet „einen Überblick über die europäische Zivilrechtsdogmatik“[71]. Er bildet „ein eindrucksvolles Beispiel für die Zivilrechtslehre am Ende der Epoche des Usus modernus und an der Schwelle zur aufkommenden Historischen Rechtsschule“[72].

legitima); siehe Wardemann, Heineccius (nt. 44), Anhang II, S. 110ff. Nr. 77, 85 u. 86 87, 89, 97, 98, 101, 106, 109, 120.

63 Vgl. Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 443f., Noten 285; Söllner, Höpfner (nt. 56) 290f.; Plohmann, Höpfner (nt. 56) 73ff.; Wesener, ZRG Germ. Abt. 112 (1995) 597ff.

64 Dazu Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 184f., Noten 127; Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 183; eingehend Wardemann, Heineccius (nt. 44) 23ff.; vgl. Wesener, Heineccius, Einleitung (nt. 44) im Text bei Fn. 29ff.

65 Dazu Schröder, Recht als Wissenschaft (nt. 9) 180ff.; vgl. Wesener, Heineccius, Einleitung (nt. 44) IV (bei Fn. 111ff.).

66 So Stintzing/Landsberg, Geschichte (nt. 8) III/1, Text 110 u. 194f.; vgl. R. Lieberwirth, NDB 8 (1969) 297.

67 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 74.

68 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 75.

69 Söllner, Höpfner (nt. 56) 291.

70 Dazu Plohmann, Höpfner (nt. 56) 73.

71 Plohmann, Höpfner (nt. 56) 253.

72 So Plohmann, Höpfner (nt. 56) 252.

Zur Frage der Rezeption des römischen Rechts führt Höpfner im Prooemium seines Commentars über die Heineccischen Institutionen[73] (§ 15) aus[74]:

> … nur das Justinianeische Recht ist in Deutschland angenommen, und zwar nur die Theile desselben, die zur Zeit der Aufnahme vorhanden waren, und welche mit Glossen versehen sind. … Am Ende des 15ten Jahrhunderts wurde seine gesetzliche Autorität durch ein öffentliches Reichsgesetz, die Kammergerichtsordnung vom Jahr 1495 bestätiget. Weil aber das Ansehen der Glossatoren in den damaligen Zeiten so groß war, dass man sie beynahe wie Gesetzgeber ehrte, so wurde nichts vom Römischen Recht in Deutschland aufgenommen, als was mit Glossen versehen war; *quidquid non recepit glossa, id non recepit forum*, ist die gemeine Regel[75].

Zur Frage der Geltungsweise des römischen Rechts in Deutschland erklärt Höpfner (Commentar, Prooemium § 17): „das Römische Recht ist zwar im Ganzen (*in complexu*) angenommen, aber doch nur als ein Hülfsrecht (*in subsidium*)“. Es habe *fundatam intentionem* für sich, finde aber doch nur in den Fällen Anwendung, wo keine deutschen Gesetze oder Gewohnheiten vorhanden seien. „Ist also in einem gegebenen Falle ein Stadtrecht, oder Stadtbrauch, ein Landrecht, oder ein Landesbrauch, ein allgemeines deutsches Reichsgesetz, oder eine allgemeine deutsche Gewohnheit vorhanden, so muß das Römische Recht nachstehen“[76].

Keine ausdrückliche Regelung findet sich bei Höpfner zum Verhältnis des Naturrechts zum römischen Recht[77]. Ein Vergleich der 1. mit der 6. Auflage des Commentars zeigt Höpfners „zunehmende Orientierung an der naturrechtlichen Begrifflichkeit“[78]. Aufbau und Inhalt des Titels „De iustitia et iure“ werden stark von seinem Naturrecht geprägt.

7. *Conclusio*

Die Rechtsquellenlehre des Usus modernus sowie die Rechtsanwendungspraxis der frühen Neuzeit waren keineswegs einheitlich. Auf verschiedenen Wegen erfolgte die Begründung der Geltung, ja des Vorrangs, des römisch-gemeinen Rechts.

In der Gerichtspraxis beriefen sich die Parteien naturgemäß auf jene Normen, welche für ihren Rechtsfall günstig waren, und versuchten deren Geltung zu begründen. Sehr treffend spricht Peter Oestmann[79] von „Rechtsvielfalt vor Gericht“. Besonders betont er die richterliche Entscheidungsfreiheit und Begründungsvielfalt.

73 6. Aufl. (1798).

74 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 75f.

75 In einer Anmerkung hierzu verweist Höpfner hinsichtlich des großen Ansehens der Glosse auf Heineccius, Historia iuris civilis Romani ac Germanici [Opera omnia (nt. 44) Tom. IV.] Lib. I § 417.

76 Zu dieser Materie verweist Höpfner auf eine Schrift von Adolph Dietrich Weber: Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts (Schwerin 1782).

77 Vgl. Plohmann, Höpfner (nt. 56) 76.

78 Plohmann, Höpfner (nt. 56) 83.

79 Rechtsvielfalt vor Gericht (nt. 9 u. 42) passim, insbes. 669ff.

Dem verehrten Jubilar verdanken wir mehrere wertvolle Studien über Hugo Grotius. Dieser war nicht nur „Vater des Natur- und Völkerrechts“, sondern als der Verfasser der „Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid“ ein Vertreter des Usus modernus pandectarum[80]. Die Rechtsquellenlehre des Usus modernus wird daher vielleicht das Interesse des Jubilars finden.

Abstract

The subject of this contribution is the doctrine of the sources of law during the period of the Usus modernus pandectarum. This period may also be called the time of the *Jus Romano-Germanicum* or *Praxis juris Romani in foro Germanico* (according to a work by Johann Schilter). This study is based on works of five important representatives of this tradition: Schilter, Stryk, Struve, Heineccius and Hoepfner. Johann Schilter represents the so-called *media sententia*. Roman law was applicable in the Holy Roman Empire not in terms of a special constitution, but by *usu et consuetudine fori*. A party who invoked Roman law had the benefit of *fundata intentio* and did not have to prove its *observantia*. But German law also had a *fundata intentio*. When there were contradictions between the two, the legislator had to decide with the help of case law. Samuel Stryk essentially followed Schiller's theory of compromise. For Georg Adam Struve the consent of the *Stände* (social stations) to the *Reichskammergerichtsordnung* of 1495 meant that the validity of Roman law was acknowledged in the territories. To the *iura communia* belong the imperial acts of law, Roman and canon law. Roman law was presumed to be valid. Johann Gottlieb Heineccius presented the *Ius Germanicum* as a complete system together with Roman law. In his *Elementa iuris Germanici* one may find the leading principles of German law. The axiomatic method used by Heineccius was adopted by Ludwig J.F. Höpfner in his adaption of Heineccius' *Elementa iuris civilis* and his commentary on Justinian's *Institutiones*. The doctrine of the sources of law during the period of the Usus modernus pandectarum was not uniform at all. The jurists tried in different ways to justify the validity of Roman law in the Holy Roman Empire.

80 Vgl. K. Wellschmied, Zur Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid des Hugo Grotius, TRG 20 (1952) 389ff., insbes. 435ff.; G. Wesenberg/G.Wesener, Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. (Wien/Köln 1985) 141; J.M. Rainer, Das Römische Recht in Europa (2012) 166.

REVISIE EN RECHTSDWALING

Alain Wijffels*

Eén van Professor L.C. Winkels bijzondere aandachtsvelden is de rechtsdwaling geweest, het onderwerp van zijn proefschrift en van talloze andere publicaties. In deze korte bijdrage wordt op een bijzondere vraag in verband met de aard van de rechtsdwaling ingegaan, die indirect ook een herinnering oproept aan onze gezamenlijke Amsterdamse tijd in de jaren 1980: de dwaling als grond voor het buitengewoon rechtsmiddel van revisie voor de Grote Raad van Mechelen in de zestiende eeuw[1].

De zestiende-eeuwse revisie bij de Grote Raad had als voorloper de *proposition d'erreur* bij het Parlement van Mechelen, een rechtsmiddel waarvoor de Franse praktijk model had gestaan, maar waarvan, onder diverse benamingen, ook in het geleerde Romeinse en kanonieke procesrecht voorlopers kunnen worden gevonden. In deze bijdrage wordt in de eerste plaats op een specifiek aspect van de revisie in de praktijk van de Grote Raad gewezen: alhoewel meestal vooropgesteld werd, dat het rechtsmiddel enkel ontvankelijk was wanneer tegen het *iudicium a quo* een feitelijke dwaling van de rechters kon worden aangetoond, stelt men vast dat procespartijen (dat wil zeggen: hun raadslieden) bereid waren, expliciet ook rechtsdwalingen als revisiegrond in te roepen, maar dat was een controversieel punt. De vraag van de dwaling omtrent de feiten is evenwel complexer dan die controverse: uit de praktijkstukken blijkt immers dat in verschillende revisieprocedures de toepassing van het particuliere recht (in de terminologie van het geleerde *ius commune*: het *ius proprium*, hetgeen concreet neerkwam op een *statutum* of *consuetudo*) een essentiële rol speelde in de argumenten om de revisie te verantwoorden

1 Het archiefmateriaal waarop deze bijdrage steunt, werd destijds door de Werkgroep Grote Raad aan de Universiteit van Amsterdam onder leiding van Prof mr JTh de Smidt geanalyseerd en geïnventariseerd. Samen met onze collega van de vakgroep rechtsgeschiedenis Mevr mr JMI (Joke) Koster-van Dijk heb ik destijds een verkennend overzicht van de door de Werkgroep geïnventariseerde geëxtendeerde sententiën in revisiezaken gepubliceerd: "Les procédures en révision au Grand Conseil de Malines (1473-1580)" (1990) 30 *Publication du Centre européen d'études bourguignonnes (XIVe-XVe s.)* 67-97 (hierna geciteerd als: Koster-van Dijk en Wijffels, "Les procédures en révision"). Ik ben recent op het onderwerp teruggekomen naar aanleiding van de lezingencyclus te Rijsel *L'argumentation au cœur du processus judiciaire du Moyen Âge à nos jours* met een lezing over "L'argumentation dans les procédures en révision au Grand Conseil de Malines (XVIe siècle)" (23.11.2012), waarvan de publicatie in de akten van die studiedagen voorzien is.

* Hoogleraar rechtsgeschiedenis/rechtsvergelijking aan de rechtsfaculteiten te Leiden (Nederland), Leuven en Louvain-la-Neuve (België). Onderzoeksdirecteur bij het CNRS (Frankrijk).

Fundamina 20 (2) 2014 ISSN: Print 1021-545X
© Unisa Press pp 1042-1050

of te verwerpen. Daarmee wordt de moeilijke vraag gesteld – te moeilijk om in het kort bestek van deze bijdrage een antwoord te krijgen – of, c.q. in welke mate, particuliere rechtsbronnen voor bepaalde proceshandelingen (bijvoorbeeld inzake bewijslast) als "recht" of "feit" werden benaderd[2]. Daarbij zal men zich hoeden, die categorieën in de context van de toenmalige rechtspraktijk al te zwart-wit op te vatten: rechtspolitieke overwegingen, zeker in de praktijk van de justitie, kunnen een meer flexibele benadering verantwoorden dan abstracte rechtsdogmatiek. Revisiezaken waren ook concrete rechtszaken, met hun specifieke procespartijen en belangenconflicten. Om een revisie-aanvraag ontvankelijk, c.q. gegrond te verklaren, beschikten de rechters altijd over een zekere speelruimte, en in die speelruimte zat klaarblijkelijk ook de mogelijkheid om twistpunten over *iura propria* in het kader van de revisieprocedure te laten behandelen.

1. Het wettelijk kader: *proposition d'erreur* en revisie

De vijftiende eeuwse wetgeving sprak, wellicht naar het Franse voorbeeld, van *proposition d'erreur*; in de zestiende eeuw gebruikten de ordonnanties (en de praktijk) naast die uitdrukking ook de term revisie, misschien onder Brabantse[3] en/of Duitse invloed[4]. Het ging om een buitengewoon rechtsmiddel (waarvan het geleerde recht en de zestiende-eeuwse rechtsliteratuur diverse voorbeelden kenden) dat ten dele grotendeels volgens dezelfde procedurebeginselen als in hoger beroep bij de Grote Raad verliep, ten dele ook eigen kentrekken vertoonde. Zo gold een ontvankelijkheidstermijn van twee jaar om de betwiste uitspraak in revisie aan te vechten, moest een specifiek bedrag worden geconsigneerd en, in geval de revisie verworpen werd, als boete voor de *folle révision* worden opgelegd, en vooral: al werd de revisie bij hetzelfde hof ingesteld[5] dat de aangevochten beslissing had uitgesproken (met name de Grote Raad), voor het arrest in revisie werd het rechterlijk college uitgebreid met raadsheren uit andere provinciale hoven en zelfs, merkwaardig genoeg, uit gerechtshoven die niet tot het jurisdictiegebied in appel van de Grote Raad behoorden.

De ordonnantie van december 1473, waardoor de ambulante Grote Raad van de hertogen van Bourgondië als Parlement werd opgericht, sprak voor de *proposition*

2 W Wiegand *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (Ebelsbach, 1977).

3 F Wielant *Practijke Civile* (Antwerpen, 1573, herdruk Amsterdam, 1968) 321-322.

4 Over de revisie in de rechtspleging van het zestiende-eeuwse Rijkskamergerecht: B Dick *Die Entwicklung des Kameralprozesses nach den Ordnungen von 1495 bis 1555* (Keulen-Wenen, 1981) 215-218; vgl. PL Nève en RM Sprenger "Restitution und Supplikation: über die Geschichte der Rechtsmittel im 16. Jahrhundert", in H de Schepper (red.) *Höchste Gerichtsbarkeit im Spätmittelalter und der frühen Neuzeit* (Amsterdam, 1985) 43-59. Voor eigentijdse doctrine: IL Benderus *Conclusionum decisivarum practicarum de revisione actorum et sententiarum in Augustissimo Imperialis Camerae Iudicio pronuntiatarum, liber singularis* (ik heb de late ed. geconsulteerd: Keulen, 1659; de *ed.pr.* is misschien Frankfort aM, 1589).

5 Behoudens uitzondering: een speciale regeling gold bijvoorbeeld voor revisies van Utrechtse zaken: Koster-Van Dijk en Wijffels "Les procédures en révision" (n. 1) 85-86.

d'erreur uitdrukkelijk van een dwaling over de feiten[6]. De vijftiende-eeuwse praktijk van het rechtsmiddel bij het Parlement, vanaf 1477 opnieuw Grote Raad, blijft evenwel onbekend. De meer uitvoerige proces-ordonnanties van 1522[7] en 1559[8] lijken inzake revisie zich vooral aan de belofte te hebben willen houden, maatregelen te treffen die de procesduur zouden verkorten. Daarna werd aan de aard of aan de modaliteiten van de revisie door de wetgever nauwelijks nog geraakt. De archiefbronnen van de zestiende-eeuwse praktijk geven de indruk dat het buitengewoon rechtsmiddel in werkelijkheid ook slechts uitzonderlijk werd ingediend, misschien ten dele vanwege de hoge kosten en risico's die met die aanvullende instantie gepaard gingen. De meeste revisiezaken gaan dan ook over aanzienlijke familiale vermogens of economische belangen.

De wettelijke beperkingen van de revisieprocedure geven maar een deel van de procedurele realiteit weer. Zoals in andere rechtsplegingen, was het ook in revisie mogelijk allerlei afwijkingen van de strikte procesgang te verkrijgen via de incidentele tussenprocedure van de *requête-civile*, een middel dat het voordeel had flexibiliteit te geven aan de procedure, maar onder rechterlijke controle en vooral ook op tegenspraak, zodat de tegenpartij steeds de mogelijkheid kreeg, argumenten tegen de gevraagde afwijking of correctie in te brengen[9]. Dat kon bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een partij een termijn had laten verstrijken, maar hier is vooral opmerkelijk dat de *requête-civile* ook kon aangewend worden (zoals onder meer in appelprocedures) om zogeheten "nieuwe feiten" aan te voeren. Dat lijkt op het eerste gezicht op zijn minst paradoxaal, want als revisie een rechtsmiddel was om een verkeerde rechterlijke beoordeling van feiten na te trekken, dan lag het niet voor de hand dat die toetsing nog door de invoering van andere, "nieuwe" feiten zou worden beïnvloed.

Het wettelijk kader moest aangevuld worden door de eigen stijl van procederen van het hof, en in het kader van de praktijk werd daarbij ook de geleerde en op de praktijk georiënteerde rechtsliteratuur gebruikt. Een korte verhandeling, waarin naar de belangrijkste vroegere literatuur en de relevante bronnen uit de *corpora iuris*

6 Art. 29: "Et se aucuns se vouloient douloir des arrestz et sentences donnez en nostredit grant conseil par cidevant ou des arrestz qui seront donnez ou prononcez cy apres par nostredite court de parlement, nous voulons qu'ilz soient receuz endedens dix ans apres la prononciation d'iceulx arrestz et sentences a proposer erreur de fait, moyennant six vings livres, que la partie proposant ledit erreur consignera au greffe de nostredite court, lesquelz VI^{xx} livres, ou cas que ledit erreur se treuve mal avoir esté proposé, sera applicquez a nous … " (tekst van de ordonnantie uitgegeven door J Van Rompaey *De Grote Raad van de Hertogen van Boergondië en het Parlement van Mechelen* (Brussel, 1973) 502. De studie van Van Rompaey blijft het referentiewerk bij uitstek voor de ontwikkeling van de Grote Raad tijdens de vijftiende eeuw tot 1477, maar de auteur behandelt niet de *proposition d'erreur*, wellicht bij gebrek aan bronnen: de eerste bekende en gedocumenteerde procedures dateren uit het begin van de zestiende eeuw (Koster-van Dijk en Wijffels "Les procédures en révision" (n. 1) Bijlage 1).

7 Ordonnantie van april 1522: C Laurent en J Lameere *Recueil des ordonnances des Pays-Bas* [2ème série 1506-1700] dl. II (Brussel, 1898) 173-187 187 (*De provision derreur*).

8 Ordonnantie van 8 augustus 1559: Burggraaf Terlinden en J. Bolsée *Recueil des ordonnances des Pays-Bas* [2ème série 1506-1700] dl. VII (Brussel, 1957) 461-492, 491-492 (*De proposition d'erreur et révision*).

9 R van Answaarden "Verkenningen in een grensgebied. Het requeste civile in de praktijk van de Grote Raad der Nederlanden (1460-1580)" (1994) *Verslagen en mededelingen van de Stichting tot Uitgaaf der Bronnen van het Oud-Vaderlandse Recht* [nieuwe reeks 8] (1994) 31-67.

wordt verwezen, was Pierre Rebuffi's *Tractatus de supplicationibus, seu errorum propositionibus*[10], dat weliswaar in de eerste plaats naar de Franse wetgeving en rechtspraktijk verwees, maar waarmee niettemin ook in de Lage Landen, onder meer in Mechelen, rekening werd gehouden[11].

2. Revisie: de moeilijke scheidingslijn tussen recht en feit

Over die vraag bestonden er in verband met rechtsmiddelen al in de Middeleeuwen meningsverschillen. Het onderscheid volgde blijkbaar niet altijd dezelfde criteria. Als voorbeeld moge naar de uitgeschreven arresten van de Grote Raad zelf verwezen worden, waarvan de praktijk met die van vele andere gerechtshoven uit die tijd vergelijkbaar is. De beweegredenen en overwegingen van de rechters om tot hun beslissing te komen, werden zoals bekend in principe niet uitgedrukt[12]. De vele duizenden geëxtendeerde sententiën die in de loop van de zestiende eeuw door de Grote Raad werden uitgesproken waren niet "gemotiveerd", noch wat de feiten, noch wat het recht betrof. Feiten komen weliswaar zeer veel voor in die sententiën, maar enkel via de argumenten van de partijen tijdens het proces, die dan in het vonnis werden herhaald[13]. Verwijzingen naar recht kwamen daarentegen vrijwel nooit voor, ook al zijn die in dezelfde memoriën van de advocaten waar ook de feiten werden aangevoerd wèl zeer frequent. Hier moet echter een tweede onderscheid worden gemaakt: die constatatie gaat bijna zonder uitzonderingen op voor verwijzingen naar het geleerde recht, maar veel minder voor particuliere rechten. Het is uitzonderlijk dat een technische term van het Romeinse of kanonieke recht in de geschreven versie van een uitspraak werd overgenomen, laat staan een technische verwijzing naar één van de *corpora iuris* of naar de geleerde rechtsliteratuur. Aldus werd niet alleen vermeden, juridische overwegingen van de rechters zelf in de uitspraak te vermelden, zelfs de geleerdrechtelijke argumenten van de advocaten werden systematisch weggelaten. Anders lag het met de particuliere rechtsbronnen: argumenten gebaseerd op een ordonnantie of op een gewoonte komen wel geregeld voor, alsof het geen recht *eiusdem generis* als het geleerde *ius commune* was – en dat waren die *iura propria* eigenlijk ook niet. Wanneer men die vaststelling vergelijkt met andere facetten van de manier waarop particuliere rechtsbronnen in de praktijk werden behandeld, rijst de indruk dat die bronnen in velerlei opzicht een intermediaire positie innamen tussen

10 Geconsulteerde editie: P Rebuffi *Commentaria in constitutiones seu ordinationes regias* (Lyon, 1599) 300-322. Zijn opmerkingen over het onderscheid tussen *error facti* en *error iuris* op 301 (nr. 11) en 307 (nr. 70).

11 Zie bijvoorbeeld in de rechtspraakverzameling van P Christinaeus *Practicarum quaestionum rerumque in supremis Belgarum curiis actarum et observatarum decisiones* (geconsulteerde editie: Antwerpen, 1671) dl 1, Dec. 12 (11-12) en Dec. 52 (50).

12 Algemeen overzicht met verwijzingen naar vroegere literatuur in A Wijffels "La motivation des décisions judiciaires" in F Hourquebie en M-C Ponthoreau (red) *La motivation des cours suprêmes et cours constitutionnelles* (Brussel, 2012) 142-166.

13 Over de redactie van de geëxtendeerde sententiën van de Grote Raad in de zestiende eeuw: A Wijffels "Grand Conseil de Malines: La rédaction des sentences étendues et le recueil de jurisprudence de Guillaume de Grysperre" in A Wijffels (ed) *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports*, I: *Essays* (Berlin, 1997) 299-316.

hetgeen ondubbelzinnig als recht werd beschouwd (met name het geleerde *ius commune*) en feiten in eigenlijke zin. In zekere mate werden die particuliere rechtsbronnen eerder bijna gelijkgeschakeld met feiten.

Een sententie van 1506 geeft aan dat de aard van de revisie in die tijd controversieel kon zijn. De procureur-generaal verzette zich tegen de ontvankelijkheid van het middel in revisie dat in de eerste plaats over een procedurele vraag ging: konden de artikelen van het schriftelijk pleidooi die niet mondeling waren voorgedragen ambtshalve geschrapt worden? Dat was, volgens één van de partijen, de gewoonte die in de rechtspleging van de competente locale rechtbank in Holland gold. Het bestaan en, in ondergeschikte orde, de geldigheid van een dergelijke gewoonte, die geacht moest worden tegen het geleerde recht in te druisen, werden door de andere partij betwist. Tijdens de revisie stelden de eisers dat een *proposition d'erreur* mede over een rechtsdwaling ontvankelijk was[14]. De Grote Raad oordeelde de revisie ontvankelijk en gegrond, maar vermeldde expliciet dat de aangevochten beslissing omtrent de feiten gedwaald had[15].

Een ander voorbeeld van veel latere datum is een sententie uit 1579 in een geschil over een erfenis in Vlaanderen. Tijdens de locale procedure te Kassel, en daarna voor de Raad van Vlaanderen, waren verschillende artikelen van de gehomologeerde gewoonte van Kassel het voorwerp van uiteenlopende stellingen en argumenten geweest. In revisie beweerden eisers dat voor hun casus de gewoonte in kwestie een leemte vertoonde, zodat Romeinsrechtelijke regels ter aanvulling toepasbaar waren. Wat ook de redenen van de met externe raadsheren uitgebreide Grote Raad mogen geweest zijn, de revisie werd gegrond verklaard[16].

Bovendien kan worden opgemerkt dat ook wanneer de eis in revisie op de beoordeling van feitelijke elementen betrekking had, de argumentatie hierover onvermijdelijk juridisch werd ingekleed. Omdat voor de zestiende eeuw slechts weinig procesbundels in revisiezaken bewaard c.q. geïnventariseerd zijn, is het evenwel moeilijk in te schatten hoe de juridische argumentatie door raadslieden en desgevallend consultanten in

14 Brussel, Algemeen Rijksarchief, Grote Raad van Mechelen, Sententie 806.53 (30.01.1506 n.s.) fol. 252v: "Ende was huerlieder intencie wel gefondeert want up tgene dat de voirs. onse procureur generael seyde dat de voirs. impetranten niet ontfangelyck en souden zijn tintenteren dese voirs. materie van proposicie van erreur ten waere dat zij allegieerden ende voorstelden erreur van fayte dwelc zij nyet gedaen en hadden, antwoirdeden de voirs. impetranten seggende dat deze matiere mochte geintenteert wesen ter causen van erreur van rechte ende oick van fayte, het ware tsamen oft elc bysunder, want proposicie van erreur tegens sentencie van rechtere niet appelabel was geintroducieert. Ende in dese saicke mochte bevonden zijn erreur van fayte ende van rechte mit veel meer anderen redenen".

15 *Ibidem,* fol. 254v: " ... dat de voirs. impetranten wel ontfangelick zijn ende hebben wel geimpetreert ende declareren de sentencie gegeven in onsen voirs. grooten raedt van dewelcke zy hemlieden beclagen gegeven geweest thebbene by erreur van fayte ende over zulck revoceren, casseren ende doen die te nyeuten ... ".

16 Brussel, Algemeen Rijksarchief, Grote Raad van Mechelen, Sententie 880.16 (23.03.1579 n.s.), 283-353, i.h.b. 308-309.

revisiezaken werd uitgebouwd. De aanwijzingen zijn dat er geen groot verschil was met de benadering in appelzaken[17].

3. Een revisiezaak uit Artesië

De zestiende-eeuwse revisiezaken die ons bekend zijn, komen voor een groot deel uit het Zuid-Westen van de Habsburgse Nederlanden: Vlaanderen (en in het bijzonder Frans-Vlaanderen) en Artesië. Een korte analyse van een Artesische rechtszaak kan illustreren, hoe feiten en recht ook in revisieprocessen met elkaar verstrengeld waren[18].

De revisiezaak werd door de Grote Raad in derde aanleg beoordeeld: in eerste instantie was de zaak door de Raad van Artesië behandeld, in appel door de Grote Raad. Het voorwerp van het geschil was de geldigheid van een schenking (later in een testament bevestigd) van landeigendom in Artesië. Tegen de begunstigde en legataris werd door de tegenpartij de ongeldigheid van de schenking en van het testament aangevoerd, alsook van de procuratie die destijds voor de schenkingsakte was opgesteld.

Loys, Julien en Marie Bournel waren broers en zuster. Julien, de vermoedelijke erfgenaam van de goederen, had aan zijn broer Loys een procuratie gegeven, op basis waarvan deze laatste de goederen schonk aan zijn neef Hugues Bournel. Julien overleed, en Loys bevestigde de schenking in een testament. Ook Loys en Marie overleden; deze laatste had een dochter, Jacqueline, die met Jehan de Soissons was gehuwd. Het proces werd gevoerd tussen Jacqueline de Soissons en Hugues Bournel. De chronologie (typisch een feitenkwestie!) is in deze zaak bijzonder relevant. De schenkingsakte krachtens procuratie zou in november 1546 hebben plaatsgevonden; nog diezelfde maand zou Julien Bournel zijn overleden. Het testament van Loys Bournel waarin de schenking werd bevestigd was gedagtekend op 28 januari 1549. Zeer snel ageerde Hugues Bournel

17 A Wijffels "Appellationen am Großen Rat von Mecheln", in (2013) BRGÖ *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 211-229. De best gedocumenteerde revisiezaak betrof de toepassing van het kraanrecht op de Honte door Middelburg, waartegen Antwerpen zich verzette. Aan dat proces heb ik een aparte *case study* in twee opeenvolgende artikelen gewijd, waarnaar ik hier *brevitatis gratia* moge verwijzen: "Ius commune and International Wine Trade, A Revision (Middelburg c. Antwerp, 1548-1559)" 71 (2003) *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 289-317 en "A Consultancy on Wine Imports" 73 (2005) *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis* 321-355. In die zaak is de sententie gepubliceerd: ZW Sneller en WS Unger *Bronnen tot de geschiedenis van den handel met Frankrijk* I (*753-1585*) 455-471. Het enig ander voorbeeld van een uitgave van een sententie in revisie dat ik mij herinner, is: JMI Koster-Van Dijk *Gooilanders voor de Grote Raad (1470-1572), Processen uit het archief van de Grote Raad van Mechelen met betrekking tot inwoners en instellingen in en om Gooiland* (Amsterdam, 1979) 121-136 (Brussel, Algemeen Rijksarchief, Grote Raad van Mechelen, 851.57 d.d. 04.09.1550).

18 Deze korte bespreking is vrijwel helemaal gebaseerd op de geëxtendeerde sententie van 16 september 1570, die een honderdtal bladzijden in het sententieregister telt (Brussel, Algemeen Rijksarchief, Grote Raad van Mechelen 871.42, 683-782; hierna geciteerd als: GRM 16.09.1570). Toen ik in 1989-1990 het hierboven vermeld artikel over revisiezaken (*supra* n. 1) voorbereidde, had ik al vruchteloos geprobeerd na te gaan of er voor deze zaak een procesbundel bewaard is. De "beroepen uit Artesië" (zaken die na een uitspraak door de Raad van Artesië via een rechtsmiddel bij de Grote Raad aanhangig werden gemaakt, meestal in hoger beroep) vormen een eigen reeks in het Brusselse fonds van de Grote Raad, maar zijn nog steeds niet geïnventariseerd en derhalve (zo werd mij andermaal einde 2012 bevestigd) niet consulteerbaar.

om in het bezit van de goederen te worden erkend, maar het verzet van Marie Bournel, die zelf kort daarna overleed, leidde tot het proces voor de Raad van Artesië[19]. Op 20 maart 1560 gaf het Hof Hugues gelijk; Jacqueline de Soissons, die tijdens het proces scheidde en weduwe werd, ging in hoger beroep te Mechelen, maar verloor andermaal toen de Grote Raad op 23 september 1564 uitspraak deed. Haar eis in revisie werd op 16 september 1570 afgewezen.

De betwiste feiten hadden betrekking op de gebeurtenissen in november 1546 – om deze analyse zakelijk te houden kunnen de vele aantijgingen die door de partijen werden gemaakt en af en toe de indruk wekken dat men een negentiende-eeuwse historische *roman noir* leest, hier niet gememoreerd worden. Volgens Hugues Bournel was de procuratie op 9 november gegeven, op 12 november was de schenkingsakte verleden, en op 19 november was Julien Bourel gestorven. In de versie van Jacqueline de Soissons dateerde de procuratie van 10 november, was Julien op 11 of 12 november overleden, was de minuut van de schenkingsakte op 13 of 14 november opgesteld, en op 21 of 25 november was de akte dan verleden. Niet alleen was volgens die laatste versie de lastgever vóór de akte al overleden, de procuratie zelf zou alleen mits druk en dreigingen zijn verkregen, terwijl de lastgever stervende was, en bovendien zou hij nog net vóór zijn overlijden het mandaat herroepen hebben. De procuratie was derhalve wegens dwang of vooroverlijden nietig geweest, of was tenminste vervallen door het overlijden van de lastgever[20]. Ook de schenkingsakte zou wegens allerlei beweerde ongeregeldheden (corruptie van de notarissen, antidatering, valse verklaringen ...) nietig geweest zijn. Het latere testament werd door De Soissons eveneens aangevochten, omdat ze beweerde dat de testateur ten tijde van de redactie mentaal onbekwaam was geworden. De bewijslast voor al die beweringen was uiteraard delicaat. De Soissons' raadslieden steunden op getuigenverklaringen[21] en op vermoedens, zoals de tijd die nodig was om de afstand af te leggen tussen het kasteel van de schenker en de standplaats van de notarissen. Die betwistingen over de feiten en hun bewijs werden nog aangevuld door een controverse

19 Tijdens dat proces kwamen klaarblijkelijk de juridische vragen over de toepassing van het gewoonterecht en van Franse ordonnancies uitvoerig aan de orde: een *requête-civile* werd zelfs ingediend om de draagwijdte van de gewoonte van Artesië met betrekking tot het gebrek van betekening van schenkingen te laten gelden (GRM 16.09.1570, 716).

20 GRM 16.09.1570, 697 (in verband met het proces voor de Raad van Artesië) bevat een korte passus in het Latijn dat is doorgehaald: " ... en tant que la disposition de droict morte mandantis expirat mandatum". Hieruit kan worden afgeleid dat in het document dat de griffier op dat ogenblik voor de redactie van de sententie gebruikte, die Latijnse woorden ook voorkwamen, misschien aangevuld met technische referenties naar de rechtsbronnen. De doorhaling wijst erop, dat dergelijke juridisch-technische argumenten uit de geleerde rechtsbronnen systematisch werden weggelaten. Iets gelijkaardigs treft men aan op 767, en daar rapporteert de griffier de revisie-procedure: naar aanleiding van de discussie over het gebrek van de betekening van de schenkingsakte is doorgehaald: " ... et estoit telle insinuation requise et necessaire tant de droict escript que par les ordonnances de France puisque ledit seigneur de Thienbronne y demeuroit ... ". Ook die passus moet uit de stukken, ditmaal in revisie-aanleg, zijn overgeschreven alvorens doorgehaald te zijn: hiermee is duidelijk aangetoond dat dergelijke juridische vragen tot de argumentatie van de revisie behoorden.

21 De betrouwbaarheid en ontvankelijkheid van die getuigen werden door de tegenpartij tijdens de revisieprocedure sterk en gedetailleerd betwist: GRM 16.09.1570, 758-763.

over de reikwijdte en toepasbaarheid van de algemene gewoonte van Artesië[22], van de gewoonte van Saint-Pol en van enkele Franse koninklijke ordonnanties[23]. Die onvermijdelijk meer juridisch getinte betwistingen werden aan de hand van het "geschreven recht" (*ius commune* rechtsbronnen en -beginselen) geargumenteerd. De raadslieden van De Soissons steunden op hun interpretatie van de gewoonte van Artesië om aan te voeren dat voor de geldigheid van schenkingen een betekening (*insinuation*) vereist was (een vereiste die volgens hen met het "geschreven recht" overeenstemde), en volgens de gewoonte van Saint-Pol bezitsoverdracht (*désaisine/saisine*) tijdens het leven van de schenker en de begiftigde; de Franse ordonnanties waarnaar zij verwezen vereisten eveneens een betekening en de aanvaarding door de begiftigde in aanwezigheid van de schenker en twee notarissen[24].

De geëxtendeerde sententie geeft ook informatie over de tegenargumenten met betrekking tot die juridische twistpunten: de betekening was volgens de raadslieden van Hugues Bournel niet vereist, noch door de gewoonte van Artesië, noch door de gewoonte van Saint-Pol, en de Franse koninklijke ordonnanties waarop eiseres steunde, waren in Artesië niet toepasbaar, en voor testamenten waren de vermelde voorwaarden niet *ad validitatem* voorgeschreven. Daartegenover stelde Hugues Bournel dat aan de formaliteiten die gelijkwaardig waren aan de betekening *in casu* wèl was voldaan.

4. Conclusie

De *casus* geeft aan dat een strikte scheiding tussen recht en feit in revisiezaken niet werd toegepast. Wèl illustreert de rapportage van het procesverloop in de geëxtendeerde sententie dat de argumenten die in revisie werden aangevoerd (deels door de behandeling *ex eisdem actis,* die alleszins zoals meestal niet helemaal letterlijk mag worden opgevat) zowel feiten als (particuliere) rechtsregels betroffen. Het zou te ver gaan om op basis van dergelijke informatie te stellen dat rechtsdwaling op zich, zonder een beweerde dwaling

22 Bij de discussie omtrent de gewoonte van Artesië wordt onder meer ingegaan op de zogeheten "drie wegen" (*trois voies*) om over erfgoederen te beschikken: wellicht een verwijzing naar art 76 van de versie uit 1544 van de gewoonte (geconsulteerde editie: A Maillart *Coutumes générales d'Artois avec des notes* [Paris, 1739] 97), waar parallel de tekst van de gewoonte op schrift gesteld in 1509, 1540 en 1544 in drie aparte kolommen wordt gepresenteerd. Voor Artesië geven A Gouron en O Terrin *Bibliographie des coutumes de France. Éditions antérieures à la Révolution* (Genève, 1975), 35-36 meerdere gedrukte uitgaven van de algemene gewoonte voor de periode die voorafgaat aan de einduitspraak in deze zaak: 1528, 1535, 1541, 1547, 1561, 1567. Onder voorbehoud van hetgeen in de mogelijk bewaarde procesakten van dit proces zou kunnen worden gevonden, tonen de elementen die in de geëxtendeerde sententie zijn opgenomen aan, dat, in tegenstelling tot wat destijds vaak werd voorgehouden – en nog steeds vandaag in vele handboeken –, de officiële optekening van het gewoonterecht voor procespartijen en advocaten al meteen geen onoverkomelijke hinderpaal was om de geldigheid en draagwijdte van de gewoonteregels naar aanleiding van processen te betwisten.

23 Voor de discussie tijdens de revisieprocedure over de draagwijdte van die ordonnanties: GRM 16.09.1570, 741 en 746, tevens met verwijzingen naar een uitspraak van het Parlement van Parijs (z. ook 773).

24 GRM 16.09.1570, 705 (eerste aanleg): "... A laquelle ordonnance se confermoit le droict escript restraindant icelles insinuations pour donations excedans cincq cens escus ... ". Vgl. de passus (tijdens de revisie) op 767, geciteerd *supra.*

over de feiten, voldoende ware geweest om de revisie in te stellen, maar de praktijk wijst erop, dat in vele gevallen van een gemengde verantwoording van de eis in revisie sprake was: zowel de beoordeling van feiten als de toepassing van het recht kwamen er aan de orde. Daarbij waren de argumenten over recht vooral aan de bronnen van het particuliere recht verbonden. Rechtsdwaling inzake een gewoonte of wet lijkt daarom wèl, tenminste in samenhang met een dwaling over de feiten, een grond voor revisie geweest te zijn.

Abstract

At the Great Council of Mechlin revision (also referred to as *proposition d'erreur*) was an extraordinary procedural remedy which allowed a litigant to challenge a final decision of the Great Council. Revision proceedings took place before the same court (with some exceptions, for example cases from Utrecht), but judgment was given by a bench of judges of the Great Council sitting together with judges from other superior courts in the Netherlands. Revision could only be requested if the party who challenged the decision was able to argue that the judges had erred in their judgment. It was admitted (and explicitly stated in the earliest statute of 1473) that the alleged error had to relate to the facts. The sixteenth-century practice of the Great Council shows that very few revision proceedings were pursued up to the point where a new judgment was given (perhaps because most litigants were deterred by the costs). It also appears from the court's records that litigants (and their counsel) were inclined to include legal arguments in their submissions, as if an error on a point of law were also admissible. It was a controversial question, but the records show that in practice, revision submissions often addressed both factual and legal issues. Those legal issues, however, referred almost invariably to the application of *iura propria*, namely rules of customary and statute law. The judicial application of "written law" (*ius commune*, the learned Roman and canon law) was never an issue which – by itself – could justify revision proceedings.